

Peeraer, F., “Nietigverklaring vs. gerechtelijke conversie van een contract of van een contractueel beding” in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, 321-372.

[321]

Nietigverklaring vs. gerechtelijke conversie van een contract of van een contractueel beding

Frederik Peeraer

INLEIDING

1. Kan een NV die nietig is wegens een gebrek aan winstoogmerk toch nog geldingskracht behouden als VZW? Of is de nietige NV voor eens en voor altijd nietig, en kan er verder geen gevolg aan worden gehecht? Deze bijdrage zal trachten om die (en soortgelijke) vragen te beantwoorden. Een korte toelichting over de gevolgen van de nietigheid zal me in staat stellen om de ‘omzetting’ of ‘conversie’ van een nietige naar een geldige rechtshandeling te kaderen.

2. Wanneer een rechtshandeling bij haar totstandkoming niet aan alle geldigheidsvereisten voldoet, bestempelt het recht haar als nietig. Dat heeft tot gevolg dat de rechtshandeling, in de mate dat ze nietig is,⁽²⁾ niet de beoogde rechtsgevolgen [322] teweegbrengt. Dat neemt echter niet weg dat er zich tal van rechtsfeiten kunnen voordoen naar aanleiding van die nietige rechtshandeling. De nietigheid kan hun feitelijk bestaan immers niet uitwissen. Bijgevolg kan ook een nietige rechtshandeling een bron zijn van gewettigd vertrouwen voor zowel partijen als derden.⁽³⁾ Daarnaast is het mogelijk dat partijen – ondanks

(1) De auteur wenst drs. Sander Van Loock van harte te bedanken voor zijn kritische opmerkingen en nauwgezette nalezing van deze bijdrage.

(2) De nietigheid dient immers niet verder te gaan daar haal doel vereist. Zie in die zin voor België: V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Les nullités en droit civil” in E. VIEUJEAN (ed.) *Les nullités en droit belge: sanctions du vice et conséquences*, Luik, Ed. Jeune barreau du Liège, 1991, (9) 25; L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 305-306, nr. 393; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 264-265; J. ROODHOOFT, “§ 5. Nietigheid” in *BHVR* 2011, (II.4-99) 100-101; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 238 e.v.; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, JBB, 2008, (325) 409, nr. 66; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 404-405, nr. 128; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 4, nr. 1; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 318, nr. 326; voor Frankrijk: J. GHESTIN, *Traité de droit civil: les obligations - Le contrat: formation*, Parijs, LGDJ, 1988, nrs. 729, 749 en 870-871; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques - Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 13; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, Parijs, LGDJ, 2004, 577, nr. 974; F. TERRÉ, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Droit civil - les obligations*, Parijs, Dalloz, 2013, 116-117, nr. 88; voor Duitsland: C. ARMBRÜSTER, “§ 134 BGB Gesetzliches Verbot” in F. SÄCKER en R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 1; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 726; H.-P. MANSEL, “§ 134 Gesetzliches Verbot” in R. STÜRNER (ed.) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz*, München, Beck, 2014, nr. 14; voor Nederland (expliciet) HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, nr. 378; S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. A2 en 9; J. EGGENS, “Vormen van nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (1939)” in *Eggens' Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, II, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1959, (30) 31; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 615; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 74 en de verwijzingen daar in vn. 127; J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 208, nr. 197; A. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 225 e.v.

(3) F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padua, Cedam, 2008, 888.

de nietigheid van de rechtshandeling – toch bepaalde uitvoeringshandelingen hebben gesteld, waardoor er restitutieverbintenissen ontstaan. Bovendien kan de nietigheid van een rechtshandeling ook op zichzelf een relevant rechtsfeit zijn. Die nietigheid kan bijvoorbeeld een deel van de schadeloosstelling zijn voor een (precontractuele) fout,(4) maar kan evengoed zelf schade veroorzaken.(5)

3. Een nietige rechtshandeling doet niet alleen mogelijk bepaalde rechtsfeiten ontstaan; ze kan ook nog steeds andere, niet beoogde, rechtsgevolgen voortbrengen.(6)(7) [323] Vaak hecht de wet zelf uitdrukkelijk bepaalde rechtsgevolgen aan een nietige rechtshandeling, o.a. om derden te goeder trouw te beschermen. Naast talrijke bepalingen in het Burgerlijk Wetboek(8) huldigt ook het vennootschapsrecht een dergelijke opvatting: de nietigverklaring van een vennootschap heeft immers slechts gevolgen voor de toekomst (*ex nunc*).(9)(10)

(4) Zie over de band tussen nietigheid en schadevergoeding: S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken” in R. VAN RANSBEECK (ed.) *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, (131) 151-154, nrs. 25-26,3°; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 529-534, nrs. 342-345; P. WERY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 357-359, nrs. 368-372.

(5) Zie hierover uitgebreid: C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Parijs, LGDJ, 1992, 94-102, nr. 127-143. Cf. het Duitse recht, waar § 122 BGB de dwalende partij verplicht om de wederpartij te vergoeden indien hij overgaat tot vernietiging, zelfs als de dwalende partij geen fout heeft begaan. Zie R. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz: parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 28-29; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 548; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 797; H.-P. MANSSEL, “Vorbemerkungen §§ 104 - 185” in R. STÜRNER (ed.) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz*, München, Beck, 2014, nr. 18.

(6) Het adagium *Quod nullum est, nullum producit effectum* is bijgevolg enigszins misleidend en wordt dus terecht door het Hof van Cassatie niet als algemeen rechtsbeginsel erkend: Cass. 26 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, 247 en *Pas.* 2009, 215.

(7) In Duitsland, Italië en Nederland wordt dit principe vaak expliciet verwoord. Zie voor Duitsland: de verwijzingen in noot 5; voor Italië: F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padua, Cedam, 2008, 887-890; voor Nederland: P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 302; J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 233; J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 210, nr. 199; C. TIELEMAN, *De vormen van ongeldigheid van rechtshandelingen voorkomende in ons Burgerlijk Recht*, 's-Gravenhage, Belinfante, 1933, 21-29; J. VAN OVEN, “Is een wettelijke regeling gewenst van de gevolgen van nietigheid eener overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1937, (1) 4-5; A. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 250-251.

(8) Zie bv. art. 201-202; art. 549; art. 729; art. 840; art. 1038; art. 1312; art. 1378; art. 1681-1682; art. 2265; art. 2279. Zie ook: J. BRICOUT, *De theorie der schijnbaarheid inzake nietige rechtshandelingen*, Brugge, die Keure, 1966, 289-294, nrs. 233-239. Cf. voor Frankrijk: A. PIEDELIEVRE, “Quelques réflexions sur la maxime “Quod nullum est, nullum producit effectum”” in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, Parijs, LGDJ, 1966, (638) 638 e.v.

(9) Voor het vennootschapsrecht, zie: art. 172 en 175 W.Venn. H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 203-204, nrs. 371-372; K. GEENS, “De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *TPR* 1990, (1631) 1678, nrs. 80-81. Zie ook voor Duitsland R. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz: parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 4 en de verwijzingen daar.

(10) Ook bij rechtshandelingen die aanleiding geven tot opeenvolgende prestaties neemt bepaalde rechtsleer aan dat de nietigheid enkel voor de toekomst gevolgen heeft. In die zin voor België: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les incapables - Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 795, nr. 826; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 255. Specifiek voor arbeidsovereenkomsten zie: P. HUMBLET en M. RIGAUX (eds.), *Synopsis van het Belgische arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 231, nr. 402; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 70-71. *Contra* echter: V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Les nullités en droit civil” in E. VIEUJEAN (ed.) *Les nullités en droit belge: sanctions du vice et conséquences*, Luik, Ed. Jeune barreau du Liège, 1991, (9) 102-103; T. STAROSSELETS, “Effets de la nullité” in P. WERY (ed.) *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (229) 262-263; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 4, 965-968, nr. 646; P. WERY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 343, nr. 350. Zie in het algemeen ook voor Frankrijk: C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Parijs, LGDJ, 1992, 419-420, nr. 728; voor Duitsland: R. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz: parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 4 en de verwijzingen daar.

4. De gedachte dat een nietige rechtshandeling nog steeds bepaalde rechtsgevolgen kan teweegbrengen komt bij uitstek tot uiting in de rechtsfiguur van de conversie.⁽¹¹⁾ Door middel van conversie⁽¹²⁾ wordt een nietige rechtshandeling omge-[324]vormd tot een geldige rechtshandeling (de ‘vervangingshandeling’) die minstens deels de economische doelen verwezenlijkt die de partij(en) door middel van de nietige rechtshandeling voor ogen had(den).

5. In het Belgische recht is die rechtsfiguur niet geheel onbekend. Zo past de wet haar in bepaalde gevallen uitdrukkelijk toe. Daarbij kan men denken aan de omzetting van arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn voor bepaalde duur maar bepaalde vormvereisten schenden naar arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde duur.⁽¹³⁾ Een ander voorbeeld kan men vinden in art. 1037 BW, waaruit men afleidt dat een nietig testament toch geldig is als herroeping van een eerder testament.⁽¹⁴⁾ Buiten dergelijke specifieke bepalingen is er in België, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland⁽¹⁵⁾, Italië⁽¹⁶⁾ en Nederland⁽¹⁷⁾, geen algemene wettelijke regeling van de conversie.

6. Bij gebrek aan een dergelijke regeling stelt zich de vraag of er überhaupt een plaats is weggelegd voor conversie in het Belgische recht (Titel II). Indien dit het geval is, dringt verder onderzoek zich op naar de toepassingsvoorwaarden (Titel III) en de rol van de rechter (Titel IV). Vooraleer ik die drie aspecten behandel, zal ik het begrip ‘conversie’ en het onderscheid met andere rechtsfiguren toelichten (Titel I). Centraal in deze bijdrage zal de conversie van een gehele rechtshandeling staan; de ‘conversie van een beding’ wordt slechts kort besproken. Om elk van de vermelde aspecten grondig te kunnen behandelen is rechtsvergelijking met andere rechtsstelsels noodzakelijk. Behalve een artikel van RONSE dat exclusief aan conversie is gewijd,⁽¹⁸⁾ is er in België over die rechtsfiguur weinig [325] inkt gevloeid.⁽¹⁹⁾ Bovendien heeft

(11) Zie ook A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 650.

(12) Het begrip conversie treft men ook in andere betekenissen aan, nl. in de zin van de conversie van vruchtgebruik in kapitaal (art. 745*quater* e.v. BW) en de conversie van munteenheden. In deze bijdrage wordt enkel conversie als omzetting van een nietige rechtshandeling besproken.

(13) Art. 9, lid 2 Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978, 9277.

(14) J. RONSE, “Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 204; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 252; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 427, vn. 70.

(15) § 140 BGB bepaalt over conversie (Umdeutung) het volgende: “*Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.*”.

(16) Art. 1424 van de Italiaanse *Codice civile* (C.civ.I.) bevat de volgende bepaling: “*Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità.*” (“Het nietige contract kan de rechtsgevolgen van een ander contract voortbrengen, dat de inhoudelijke en vormelijke elementen ervan bevat, op voorwaarde dat, gelet op het doel dat partijen voor ogen hadden, aangenomen moet worden dat partijen dit gewild zouden hebben indien ze de nietigheid hadden gekend.” – vrije vertaling – FP)

(17) Art. 3:42 NBW luidt als volgt: “*Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.*”.

(18) J. RONSE, “Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 199-227.

(19) Zo wijden de volgende auteurs maximaal enkele pagina's aan het onderwerp: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 725-726, nr. 573; P. CRAB, “Gerechtigde conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W.” (noot onder Rb. Dendermonde 12 mei 1966), *RW* 1969-70, (kol. 1980) 1987-1993, nrs. 11-21; L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 312-314, nr. 402; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer,

de Belgische literatuur meerdere aspecten van de conversie slechts uiterst bondig behandeld. Doordat Duitsland en Nederland de conversie wettelijk geregeld hebben en de juridische literatuur daar de diverse componenten van conversie (uitgebreid) becommentarieert, zal er in deze bijdrage ruime aandacht zijn voor die rechtsstelsels. Door middel van die rechtsvergelijking beoog ik een overzicht te krijgen van de verschillende aspecten en knelpunten van conversie. Dat overzicht zal ik proberen aan te wenden om de verschillende benaderingen van conversie in het Belgische recht kritisch tegen het licht te houden en een eigen standpunt in te nemen.⁽²⁰⁾

TITEL I. HET BEGRIIP CONVERSIE EN ONDERSCHIED MET AANVERWANTE RECHTSFIGUREN

Afdeling 1. Het begrip conversie

7. Zoals vermeld in de inleiding kan conversie algemeen worden omschreven als de techniek waarmee een nietige rechtshandeling wordt omgezet in een geldige vervangingshandeling die het economische doel dat met de initiële rechtshandeling werd beoogd, zo goed mogelijk – zij het slechts deels – verwezenlijkt om op die manier de wil van partijen zo veel mogelijk gestand te doen.⁽²¹⁾ Wanneer een [326] rechtshandeling als ‘middel’ of ‘weg’ ontoelaatbaar is om een bepaald doel te bereiken, zorgt de conversie ervoor dat de economische doelstellingen toch, via een wel toelaatbare weg, gedeeltelijk worden gerealiseerd.⁽²²⁾

8. De zonet gebruikte omschrijving is zeer algemeen. De reden hiervoor is dat over de verschillende aspecten van conversie (veel) discussie bestaat. Over de concrete toepassingsvoorwaarden voor conversie worden diverse stellingen verdedigd. Nagenoeg het enige vereiste waar geen verschillende meningen over bestaan, is het vereiste dat het te converteren object een rechtshandeling moet zijn.

Op basis van de standpunten die ik verder in deze bijdrage inneem, meen ik conversie iets preciezer te kunnen omschrijven. Zij is volgens mij namelijk de rechtsfiguur waarmee aan een vernietigde rechtshandeling de – niet louter kwantitatief andere – gevolgen van een geldige vervangingshandeling

1987, 47-55; J. ROODHOOFT, “§ 5. Nietigheid” in *BHVR* 2011, (II.4-99) 113-115; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 251-254; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 427-430, nr. 134; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 28-32, nrs. 38-40; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 961-965, nrs. 640-644; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 347-348, nr. 355-3.

(20) Zie over het hanteren van rechtsvergelijking als argument: J. SMITS, “Redefining Normative Legal Science: Towards an Argumentative Discipline” in F. COOMANS, M. KAMMINGA en F. GRÜNFELD (eds.), *Methods of Human Rights Research*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (45) 52. Zie ook: R. MICHAELS, “The Functional Method of Comparative Law” in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, (339) 378-380.

(21) Cf. de soortgelijke omschrijvingen van het begrip ‘conversie’ bij auteurs in binnen- en buitenland. In die zin voor België: L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 313; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 47; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 202-203; J. ROODHOOFT, “§ 5. Nietigheid” in *BHVR* 2011, (II.4-99) 114; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 251-252; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 427, nr. 134; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 28, nr. 38. Zie voor Duitsland en Nederland de wettelijke omschrijvingen in voetnoten 15 en 17. Cf. de omschrijving die men in het Frans recht: [conversie is] “*ce processus consistant à faire produire à un acte juridique nul des effets attachés à un autre acte de valeur moindre, dès lors que l’acte nul répond à toutes les conditions posées à la validité de celui dont il doit endosser la qualification*”: A. BOUJKA, “La conversion par réduction: contribution à l’étude des nullités des actes juridiques formels”, *RTDCom.* 2002, (223) nr. 3 en de verwijzingen daar.

(22) A. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 262 e.v.

worden gehecht en waarbij de partij(en) die vervangingshandeling, die minstens deels de beoogde economische doelstellingen kan verwezenlijken, zou(den) hebben gewild indien zij rekening had(den) gehouden met de nietigheid van de initiële rechtshandeling. De verschillende aspecten die die omschrijving belicht, bespreek ik bij de analyse van de toepassingsvoorwaarden van de conversie (Titel III).

Afdeling 2. Soorten conversie

9. Wanneer Belgische auteurs de conversie bespreken, maken zij steeds een onderscheid tussen de *vrijwillige*, *wettelijke* en *gerechtelijke* conversie.⁽²³⁾ De eerste twee types worden algemeen aanvaard; de gerechtelijke conversie is echter omstreden. [327]

§ 1. Vrijwillige conversie

10. Bij de vrijwillige conversie leidt men uit de *werkelijke* bedoelingen van partijen af dat zij tot conversie willen overgaan.⁽²⁴⁾ Zij kunnen in de eerste plaats zelf een nieuwe rechtshandeling stellen om zo de eventuele negatieve gevolgen van de nietige rechtshandeling te vermijden.⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾ Partijen kunnen daarnaast ook een nietige rechtshandeling vrijwillig converteren door middel van een ‘conversiebeding’ in de nietige rechtshandeling.⁽²⁷⁾ Met een dergelijk beding geven ze aan als welke vervangingshandeling de rechtshandeling – indien ze nietig zou zijn – zal gelden.⁽²⁸⁾ Zo kunnen partijen anticiperen op de eventuele nietigheid van hun huwelijkscontract en bepalen dat er bij ontbinding van het huwelijk zal worden verrekend alsof het huwelijkscontract wel geldig was.⁽²⁹⁾ Omgekeerd kunnen partijen ook elke vorm van conversie uitdrukkelijk uitsluiten, wat volgens Duitse auteurs zelden voorkomt.⁽³⁰⁾ Vereist is uiteraard dat het conversiebeding niet zelf nietig is.⁽³¹⁾

(23) P. CRAB, “Gerechtelijke conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W.” (noot onder Rb. Dendermonde 12 mei 1966), *RW* 1969-70, (kol. 1980) 1988, nr. 12; L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 313, nr. 402; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 49; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 203-204; J. ROODHOOFT, “§ 5. Nietigheid” in *BHVR* 2011, (II.4-99) 113-115; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 29-30, nr. 39; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 347, nr. 355-3.

(24) J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 6; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 6.

(25) P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 347, nr. 355-3.

(26) Het Nederlandse recht spreekt hier van ‘actieve conversie’: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 649; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 325-327.

(27) Het Nederlandse recht spreekt hier van ‘bedongen conversie’ (J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 325) of ‘conversie krachtens partijbeding’ (J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 203). Zie S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 7.4.1.

(28) In die zin voor België: J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 203; voor Duitsland: H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 6.

(29) W. DELVA, *Huwelijksvermogensstelsels*, s.l., 1956, 174, nr. 267; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 203.

(30) M. AHRENS, “§ 140 Umdeutung” in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 3; J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 6; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 6.

(31) S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 7.4.2.

11. De vrijwillige conversie vindt haar grondslag in de contractvrijheid van de partijen en wordt bijgevolg algemeen aanvaard.⁽³²⁾ Ook het Hof van Cassatie heeft [328] die mogelijkheid expliciet erkend en heeft daaraan toegevoegd dat uit een wil tot conversie de wil kan worden afgeleid om onvoorwaardelijk afstand te doen van het recht om de vernietiging te vorderen.⁽³³⁾ Hoewel men haar door haar gevolgen bij de conversie bespreekt, is de vrijwillige ‘conversie’ naar mijn mening een gewone toepassing van de contractvrijheid van partijen. Zij hoeft dan ook geen bijzondere benaming te krijgen om toepassing te vinden.⁽³⁴⁾

§ 2. Wettelijke conversie

12. Men spreekt van wettelijke conversie indien de wet (uitdrukkelijk)⁽³⁵⁾ bepaalt in welke vervangingshandeling de nietige rechtshandeling wordt omgezet.⁽³⁶⁾ Dit is bijvoorbeeld het geval bij een nietige authentieke akte: art. 1318 BW bepaalt uitdrukkelijk dat een dergelijke akte als onderhandse akte geldt indien ze door de partijen ondertekend is.⁽³⁷⁾ Andere voorbeelden zijn te vinden in de conversie van arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur naar arbeidsovereenkomsten van onbepaalde duur⁽³⁸⁾, de conversie van een nietig testament naar een geldige her-[329]roeping van een eerder testament⁽³⁹⁾ of de conversie van een overeenkomst tot reisbemiddeling naar een overeenkomst tot reisorganisatie als bepaalde formaliteiten bij het contract tot reisbemiddeling niet zijn nageleefd⁽⁴⁰⁾.

(32) Cass. 8 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 44, *Pas.* 1998, I, 48; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 303, nr. 51; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 573; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 49; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 203; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 252-253; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 428, nr. 134; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 29, nr. 39; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 347, nr. 355-3.

(33) Cass. 8 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 45, *Pas.* 1998, I, 48.

(34) In deze zin voor Duitsland: M. AHRENS, “§ 140 Umdeutung” in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 3; J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 6; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nr. 6; voor Nederland: J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 203; S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 2.2; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 649; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 325-327.

(35) Zie *infra*, nr. 14.

(36) Zie voor voorbeelden naar Nederlands recht: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nrs. 657-658.

(37) Sommigen menen echter dat hier geen sprake is van conversie en lijken dit als een partiële nietigheid te beschouwen. Zo meent SUIJLING dat de partij die een authentieke akte ondertekent, tegelijkertijd ook een onderhandse akte ondertekent. Een ondertekening geeft dus aanleiding tot twee rechtshandelingen: als de authentieke rechtshandeling nietig is, blijft de onderhandse onverminderd geldig: J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, *Algemene beginselen*, Haarlem, De erven F. Bohn N.V., 1948, 449, noot 1.

(38) Art. 9, lid 2 Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978, 9277.

(39) Art. 1037 BW.

(40) Art. 23, § 4, lid 2 Wet 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling, *BS* 1 april 1994, 8928.

§ 3. Gerechtelijke conversie

13. Wanneer de wet niet bepaalt of er een alternatief kan gelden voor de nietige rechtshandeling, rijst de vraag of de rechtshandeling kan worden geconverteerd in een geldige vervangingshandeling en dus toch bepaalde rechtsgevolgen teweegbrengt. Dit type van conversie duidt men aan met de benaming ‘gerechtelijke’ conversie. Op de vele discussiepunten die die vorm van conversie omringen ga ik in het vervolg van deze bijdrage dieper in.

§ 4. Onderscheid tussen wettelijke en gerechtelijke conversie

14. Wanneer de wet niet uitdrukkelijk de vervangingshandeling benoemt, rijst de vraag of men nog steeds van wettelijke conversie kan spreken.⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾ Dit is bijvoorbeeld het geval bij de conversie van een wisselbrief in een schulderkenning⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾ of van een cheque in een betalingsorder⁽⁴⁵⁾⁽⁴⁶⁾.

15. Die discussie is vooral relevant wanneer men de gerechtelijke conversie onaanvaardbaar acht in het Belgische recht en men – door een ruime invulling van het begrip wettelijke conversie – toch bepaalde grensgevallen wenst te aanvaarden.⁽⁴⁷⁾ Voor sommigen⁽⁴⁸⁾ lijkt het voldoende te zijn dat de bedoeling van de wetgever vaststaat, waarbij die evenwel niet expliciet het alternatief moet aanduiden. Anderen⁽⁴⁹⁾ menen daarentegen dat enkel gevallen waarin de wet uitdrukkelijk het geldige alternatief benoemt en zelf de conversie doorvoert als wettelijke conversie kunnen worden gekwalificeerd. Zo kwalificeert de eerste strekking de conversie⁽⁵⁰⁾ van een recht van opstal met een excessieve duur naar een recht van opstal met een duur van vijftig jaar als wettelijke conversie,⁽⁵¹⁾ terwijl de tweede strekking dit

(41) Zie ook: W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 51.

(42) Eén auteur maakt overigens het onderscheid tussen deze twee vormen van conversie niet: P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 962-964, nrs. 642-643.

(43) Art. 2, lid 1 Wisselbriefwet (Gecoördineerde wetten 31 december 1955 op wisselbrieven en orderbriefjes, BS 19 januari 1956, 254) bepaalt immers slechts dat de “*titel waarin een der vermeldingen, in het voorgaande artikel aangegeven, ontbreekt [...] niet als wisselbrief [geldt]*”.

(44) Aanvaarden die toepassing van de conversie: J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 240-241, nr. 301; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 963, nr. 642. Ontbreekt bv. de handtekening van de trekker, dan kan de ‘cheque’ eventueel nog als (begin van bewijs door) geschrift worden gebruikt: N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER en M. SIMONIS, *Droit de l'entreprise*, Brussel, Larcier, 2013, 556, vn. 1383.

(45) Art. 2, lid 1 Chequewet (Wet 1 maart 1961 betreffende de invoering in de nationale wetgeving van de eenvormige wet op de cheque en de inwerkingtreding van deze wet, BS 2 februari 1962, 823) bepaalt immers slechts dat de “*titel waarin een der vermeldingen, in het voorgaande artikel aangegeven, ontbreekt [...] niet als wisselbrief [geldt]*”.

(46) Aanvaarden die toepassing van de conversie: J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 413, nr. 542; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 963, nr. 642.

(47) Zie voor de (on)aanvaardbaarheid van conversie in het Belgische recht *infra*, nr. 26 e.v.

(48) In die zin bv.: W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 51-52; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 347, nr. 355-3.

(49) J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 204 en 216; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 29-30, nr. 39.

(50) Doordat er hier louter een kwantitatieve aanpassing wordt doorgevoerd, is er m.i. eerder sprake van een partiële nietigheid: zie *infra*, nr. 23. In die zin ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 327.

(51) In die zin bv.: P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 347, nr. 355-3.

bestempelt als een voorbeeld van gerechtelijke conversie.⁽⁵²⁾ Eenzelfde debat treft men aan bij de conversie⁽⁵³⁾ van een handelshuurovereenkomst met een te korte duur naar een met een duur van negen jaar.⁽⁵⁴⁾

Afdeling 3. Onderscheid met aanverwante rechtsfiguren

16. Er wordt echter niet enkel over de bestanddelen of de typologie van de conversie gedebatteerd. Ook over haar afbakening ten opzichte van andere rechtsfiguren bestaat geen eensgezindheid. De grootste polemiek betreft het verschil tussen conversie en partiële nietigheid (§ 3). Hoewel er ook uiteenlopende meningen zijn over de verhouding tussen conversie en interpretatie, wijzen de meeste neuzen toch in dezelfde richting (§ 1). Er is geen discussie over het onderscheid tussen conversie en de situatie waarin partijen de rechtshandeling een verkeerde benaming hebben gegeven (§ 2).

§ 1. Conversie en interpretatie

17. Zowel in binnen- als buitenland maakt men meestal een duidelijk onderscheid tussen conversie en interpretatie. Voorstanders van een eerste strekking geven aan interpretatie haar klassieke inhoud. Daarbij verstaat men onder interpretatie het nagaan van de gemeenschappelijke bedoeling van partijen (art. 1156 BW) aan [331] de hand van de zin die men redelijkerwijze aan de verklaringen van partijen mag hechten.⁽⁵⁵⁾ Interpretatie gaat in die opvatting dan ook steeds conversie vooraf: het is pas wanneer de nietigheid vaststaat van de rechtshandeling die partijen daadwerkelijk gewild hebben, dat conversie ten tonele verschijnt. Bij conversie staat immers vast dat partijen de nietige rechtshandeling effectief gewild hebben (en niet de vervangingshandeling).⁽⁵⁶⁾

18. Volgens een andere strekking slurpt het begrip interpretatie de conversie als het ware op. Naar die mening is conversie dan ook niets meer dan een bijzonder onderdeel van het overkoepelende begrip interpretatie. De reden daarvoor is dat voorstanders van die strekking het begrip interpretatie anders

(52) In die zin bv.: S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 253; A. VAN OEVELEN, "Nietigheid" in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 30, nr. 39.

(53) Zie de opmerking in vn. 50.

(54) Zie: W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 52-53; S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 253. Zie ook: Cass. 14 januari 2008, *Huur* 2010, 37, *Pas.* 2008, 85, *RABG* 2008, 585, *RW* 2010-11, 145 en *TBO* 2008, 110, noot A. COPPENS.

(55) In die zin voor België: S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 59, nr. 81; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 98; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 394-395, nr. 415; voor Nederland: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbindenissenrecht - Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 362 e.v. Cf. het Duitse recht, waar men interpretatie (*Auslegung*) in drie componenten onderverdeelt, nl. in de "(natürliche) Auslegung", de "erläuternde" of "normative Auslegung" en de "ergänzende Auslegung": R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 189-198; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 291-340; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 507-548.

(56) In die zin voor België: P. CRAB, "Gerechtelijke conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W." (noot onder Rb. Dendermonde 12 mei 1966), *RW* 1969-70, (kol. 1980) 1988, nr. 12; J. RONSE, "Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, (199) 206; J. ROODHOOF, "§ 5. Nietigheid" in *BHVR* 2011, (II.4-99) 113; A. VAN OEVELEN, "Nietigheid" in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 28, nr. 38; voor Duitsland: J. BUSCHE, "BGB § 140 Umdeutung" in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 3; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 817; H. ROTH, "§ 140 Umdeutung" in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nr. 7.

invullen en het een ruimere draagwijdte geven. Interpreteren is dan niet de (verklarende) uitlegging van wat partijen werkelijk gewild hebben, maar wel de (normatieve) uitlegging van de inhoud van de rechtshandeling. Daarbij steunt men zich niet op de gemeenschappelijke bedoelingen van partijen, maar wel op wat partijen redelijkerwijze zouden moeten hebben gewild.⁽⁵⁷⁾ In die visie is conversie dan ook slechts [332] een specifieke benaming voor interpretatie wanneer de te interpreteren rechtshandeling nietig blijkt te zijn. Doordat die opvatting het (didactisch) nuttige onderscheid tussen interpretatie en de aanvullende en beperkende werking van de goede trouw niet maakt, verdient ze m.i. geen navolging.⁽⁵⁸⁾

19. Ook wanneer men aan interpretatie haar gebruikelijke omschrijving geeft, moet men erkennen dat het onderscheid met conversie vaak minder scherp is in de praktijk. In de eerste plaats kunnen de ‘gemeenschappelijke bedoelingen van partijen’ op twee zaken betrekking hebben. Ten eerste kan men daarmee doelen op de juridische ‘weg’ die partijen aanwenden. Centraal daarbij staat dan de specifieke rechtshandeling die partijen hebben gewild, namelijk het middel waarmee zij een bepaald rechtsgevolg beogen.⁽⁵⁹⁾ Ten tweede kan men interpretatie ook opvatten als het nagaan van de concrete economische en maatschappelijke gevolgen die partijen door middel van hun rechtshandeling wensten te bereiken. Hier focust men dan niet op het middel (de rechtshandeling), maar op het resultaat (het concrete gevolg).⁽⁶⁰⁾ Het is maar wanneer men zich bij interpretatie concentreert op de gekozen weg dat een onderscheid met conversie mogelijk is. Stelt men bij interpretatie het beoogde economische resultaat centraal, maakt conversie daar integraal deel van uit.⁽⁶¹⁾ Bij conversie onderzoekt men immers (eveneens) de concrete economische doelstellingen van partijen om er, door middel van een wel geoorloof-[333]de weg, toch zo

(57) Zie hierover uitgebreid J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 309-314. Aanhangers van deze stelling zijn bv. voor België M. E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 116 e.v.; voor Nederland: H. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 21 e.v.; J. VAN DUNNÉ, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1971, 9 e.v. en 236 e.v. Zie over die discussie N. GUNDT en A. VAN BEVER, “De evolutie van het basisbeginsel van goede trouw uit het contractenrecht in het Franse, Belgische en Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht. Toegespitst op de wijziging van arbeidsvoorwaarden” in I. SAMOY (ed.) *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Metro, 2010, (59) 64-66, nrs. 10-12; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 34-35; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 97-98; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, nrs. 112 en 419; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht in Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 365.

(58) In die zin ook voor België: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 283, nr. 233; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 60, nr. 81; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 98; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, nrs. 112 en 419; voor Nederland: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht in Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 365.

(59) Zie ook voor het Nederlandse recht: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 3.1.3; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht in Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 362 e.v.; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 310. Het Franse recht spreekt in deze aangelegenheid van “la volonté du moyen”: A. BOUJEKA, “La conversion par réduction: contribution à l’étude des nullités des actes juridiques formels”, *RTDCom.* 2002, (223) nr. 8.

(60) Zie de verwijzingen in de vorige voetnoot. Zie ook G. SCHOLTEN, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (151) 165. Het Franse recht benoemt dit als “la volonté du but”: A. BOUJEKA, “La conversion par réduction: contribution à l’étude des nullités des actes juridiques formels”, *RTDCom.* 2002, (223) nr. 8.

(61) Cf. C. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1980, 284. Zie ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 339. Zie uitgebreider over het verschil tussen een dergelijke visie en de visie waarbij interpretatie normatief wordt opgevat: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 315-316.

veel mogelijk gevolg aan te kunnen geven.⁽⁶²⁾ Ook bij conversie neemt de wil van partijen dus een belangrijke plaats in.⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾ De verwevenheid tussen interpretatie en conversie treft men bijvoorbeeld aan in de discussie over het gevolg van (een poging tot) herroeping van een aanbod dat reeds is aanvaard door de wederpartij. Door die aanvaarding is het niet meer mogelijk om het aanbod te herroepen. Wanneer de wet dit toelaat,⁽⁶⁵⁾ kan de weigering tot nakoming waarmee een partij zijn aanbod probeert te herroepen nog wel enig gevolg krijgen. Volgens WÉRY⁽⁶⁶⁾ kan die weigering worden *geïnterpreteerd* als een eenzijdige opzegging; volgens STAROSSELETS⁽⁶⁷⁾ is hier sprake van *conversie* in een eenzijdige opzegging.

In de tweede plaats wijzen auteurs er terecht op dat dat onderscheid kan vervagen bij de toepassing van art. 1157 BW. Volgens dit artikel moet men een beding dat voor tweeërlei zin vatbaar is, veeleer opvatten in de zin waarin het enig gevolg kan hebben, dan in die waarin het geen gevolg kan teweegbrengen. Past een rechter die interpretatieregels toe, dan zal hij in realiteit soms de inhoud van een rechtshandeling deels aanpassen onder het mom van de werkelijke bedoelingen van partijen te expliciteren.⁽⁶⁸⁾

§ 2. Conversie en herkwalificatie

20. Het onderscheid tussen conversie en de situatie waarbij partijen de door hen gestelde rechtshandeling verkeerd benoemen (ook wel *falsa demonstratio* genoemd in Duitsland), ligt in het geldigheidsaspect.⁽⁶⁹⁾ Bij een verkeerde benaming [334] is de rechtshandeling zoals partijen die hebben gesteld wel degelijk geldig. Door middel van interpretatie brengt men de *werkelijke* bedoelingen van partijen aan het licht. Hierdoor maakt het geval van een verkeerde benaming integraal deel uit van de interpretatie van de rechtshandeling.⁽⁷⁰⁾ Twijfelt men aan de werkelijke bedoelingen van de partijen, dan kan men door middel van interpretatie mogelijk concluderen dat zij helemaal niet de nietige rechtshandeling voor ogen hadden, maar wel een andere, geldige rechtshandeling. Aldus kan de ogenschijnlijk gewilde rechtshandeling worden

(62) In deze zin voor het Nederlandse recht: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 310; G. SCHOLTEN, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (151) 164 e.v. Zie ook: S. DE LOOS-WIJKER, "Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]" in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 3.1.3.

(63) Voor het Duitse recht: J. BUSCHE, "BGB § 140 Umdeutung" in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 3; H. ROTH, "§ 140 Umdeutung" in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nr. 8.

(64) Zie voor de vraag welke plaats dit concreet is, *infra*, nrs. 48-55.

(65) Zie bv. art. 1794; art. 1944; art. 2004 BW.

(66) P. WERY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 159, nr. 134.

(67) T. STAROSSELETS, "Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales" in M. VANWIJCK-ALEXANDRE en P. WERY (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Larcier, 2004, (5) 32-33, nr. 21.

(68) J. RONSE, "Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, (199) 205; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 428; A. VAN OEVELEN, "Nietigheid" in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 29, nr. 38. Zie ook: S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 253. Cf. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 32, nr. 573.

(69) J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 316. Zie: L. DE GRUYSE, "De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 313; A. VAN SCHAIK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 262. Zie ook: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 590. Ziet echter geen of amper een verschil tussen conversie en *falsa demonstratio*: C. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1980, 285.

(70) J. BUSCHE, "BGB § 140 Umdeutung" in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 4; O. FISCHER, "Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte" in *Festschrift für Adolf Wach*, Aalen, Scientia, 1913, herdruk 1970, (179) 194; H. ROTH, "§ 140 Umdeutung" in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nr. 3.

geherkwalificeerd in de rechtshandeling die partijen werkelijk wilden. Het onderscheid met conversie is dan ook hetzelfde als bij (andere vormen van) interpretatie. Hier onderzoekt men wat partijen *werkelijk* hebben gewild; bij conversie staat het vast dat zij de nietige rechtshandeling hebben gewild.⁽⁷¹⁾ Herkwalificatie doet de werkelijk gewilde rechtsgevolgen intreden; conversie hecht aan de rechtshandeling rechtsgevolgen die partijen niet als dusdanig hadden voorzien.⁽⁷²⁾

§ 3. Conversie en partiële nietigheid

21. In tegenstelling tot het onderscheid tussen conversie en interpretatie heerst er over het verschil tussen conversie en partiële nietigheid onenigheid. Het enige waarover in de rechtsleer een zekere consensus is, is dat beide rechtsfiguren tot doel hebben om de nietigheidssanctie niet verder te doen gaan dan haar doelstelling noodzakelijk maakt.⁽⁷³⁾ Het criterium om conversie en partiële nietigheid van elkaar te kunnen onderscheiden is daarentegen het voorwerp van discussie. De verschillende houdingen kunnen in vier stromingen worden gegroepeerd.⁽⁷⁴⁾

22. Volgens een *eerste (minderheids)strekking* bestaat het onderscheid erin dat bij partiële nietigheid een gedeelte van de rechtshandeling ongewijzigd blijft, [335] maar dat men bepaalde delen ervan weglaat. Bij conversie zou daarentegen de inhoud van de gehele rechtshandeling worden aangepast.⁽⁷⁵⁾ Een *tweede (minderheids)strekking* meent dat het onderscheidingscriterium daarentegen te vinden is in de vraag of het gewijzigde element van de rechtshandeling al dan niet een essentieel bestanddeel van de rechtshandeling betreft. Volgens die stroming gaat het bij een wijziging van een essentieel element om conversie en bij wijzigingen van andere, niet-essentiële elementen om partiële nietigheid.⁽⁷⁶⁾ Een *derde (meerderheids)strekking* is van mening dat de wijzigingen die conversie en partiële nietigheid doorvoeren van een verschillende aard zijn. Partiële nietigheid zou steeds een kwantitatieve vermindering van (een of meerdere bestanddelen van) de rechtshandeling inhouden, terwijl conversie (minstens ook)⁽⁷⁷⁾ een kwalitatieve verandering met zich meebrengt.⁽⁷⁸⁾ De *vierde (minderheids)strekking* beschouwt de aard van de nietigheid als doorslaggevend. Volgens voorstanders betreft conversie een *kwalitatief* nietige rechtshandeling, terwijl partiële nietigheid een *kwantitatief* nietige rechtshandeling treft. Naar hun mening

(71) Zie *supra*, nr. 17.

(72) J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 316.

(73) Dit is zo voor zowel het Belgische, het Franse als het Nederlandse recht. In die zin voor België: C. CAUFFMAN, “Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?” (noot onder Cass. 23 maart 2006), *RCJB* 2007, (428) 431-432, nr. 11; J. RONSE, “Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 208; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 29, nr. 38; voor Frankrijk: J. GHESTIN, *Traité de droit civil: les obligations - Le contrat: formation*, Parijs, LGDJ, 1988, nr. 873; voor Nederland: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 13.1.

(74) Zie over de verschillende standpunten in het Nederlandse recht: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 13.1.

(75) Zie de verwijzingen bij J. RONSE, “Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 206.

(76) In die zin voor België: W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 49; voor Nederland: J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 216.

(77) Zie hierover *infra*, nr. 23.

(78) In die zin voor België: RPDB, *v° Nullité*, nr. 243 en de verwijzingen daar (o.a. naar Franse rechtsleer); voor Duitsland: R. SILLER-KÖLN, “Die Konversion (§ 140 BGB)”, *AcP* 1934, (144) 145; voor Frankrijk: A. BOUJEKA, “La conversion par réduction: contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels”, *RTDCom.* 2002, (223) nrs. 3 en 35; J. GHESTIN, *Traité de droit civil: les obligations - Le contrat: formation*, Parijs, LGDJ, 1988, nr. 873; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques - Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 672, noot 1; P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Parijs, LGDJ, 1969, nr. 13; voor Nederland: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 319; J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 214, nr. 202.

is de aard van de wijziging dan ook irrelevant: conversie kan volgens hen – net zoals de partiële nietigheid – zowel kwantitatieve als kwalitatieve veranderingen teweegbrengen.⁽⁷⁹⁾

23. Naar mijn mening kan de eerste stroming niet overtuigen, evenmin als de tweede en de vierde. Met betrekking tot de eerste stroming hebben verschillende auteurs er terecht op gewezen dat ook bij een partiële nietigheid de inhoud van de gehele rechtshandeling wordt aangetast.⁽⁸⁰⁾ Wat de tweede stroming betreft lijkt het gehan-[336]terde criterium me weinig adequaat, omdat het zou betekenen dat elke vorm van conversie in essentie gelijk te stellen is met een partiële nietigheid.⁽⁸¹⁾ In die visie zou een ‘partiële nietigheid’ van het overmatige deel van de te betalen prijs louter een andere benaming krijgen, namelijk conversie. Volgens mij is de verschillende aard van de wijziging belangrijk genoeg om hier twee onderscheiden rechtsfiguren aan te verbinden. Daarom heeft de derde stroming het naar mijn mening bij het rechte eind. Daarbij is het volgens mij gepaster om enkel een louter kwantitatieve vermindering als een partiële nietigheid te beschouwen, en om overige wijzigingen als conversie te bestempelen. Kwantitatieve en kwalitatieve wijzigingen gaan vaak hand in hand, wat een rigoureuze onderscheid tussen partiële nietigheid en conversie bemoeilijkt. Zo is een kwalitatieve wijziging vaak ook een kwantitatieve vermindering.⁽⁸²⁾ Daarnaast kunnen initiële kwantitatieve verminderingen eveneens een kwalitatieve wijziging tot gevolg hebben. Indien men de prijs bij een koopovereenkomst vermindert tot nul, heeft men niet enkel een louter kwantitatieve wijziging aangebracht. Een dergelijke vermindering impliceert volgens mij ook een wijziging in de aard van de rechtshandeling, namelijk een conversie van een koopovereenkomst naar bijvoorbeeld een schenking. De vierde stroming overtuigt niet doordat de nietigheid zich naar mijn mening niet leent tot een onderscheid tussen een kwalitatieve en een kwantitatieve nietigheid. De aard van de nietigheid die een rechtshandeling treft is m.i. niet anders bij conversie dan bij partiële nietigheid. Wat volgens mij wel anders is, is de aard van de wijziging die de nietigheid teweegbrengt, namelijk een louter kwantitatieve wijziging bij partiële nietigheid en een (minstens gedeeltelijke) kwalitatieve wijziging bij conversie.

24. Tegen die stelling zou men kunnen inbrengen dat die het gerechtelijke karakter van de nietigheid miskent. Naar mijn mening is er immers een louter een kwantitatieve wijziging (en dus een partiële nietigheid) bij de automatische verlenging van een te korte handelshuur tot de vereiste negen jaar⁽⁸³⁾ of bij de automatische reductie van een opstalrecht met een excessieve duur tot de maximaal toegelaten vijftig

(79) A. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 266-267. Cf. FLUME en KRAMPE, die conversie als een bijzondere vorm van partiële nietigheid beschouwen: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 589-590; C. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1980, 285-286.

(80) W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 49; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 208; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 29, nr. 38; voor Nederland: J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 211. Zie ook: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 13.1. en de verwijzingen daar.

(81) Een vermindering van de prijs zou men in deze visie dan ook analyseren als een andere sanctie dan de vermindering van bv. de hoogte van een schadebeding. Daar is volgens mij geen gegronde reden voor.

(82) Namelijk indien de vervangingshandeling reeds vervat zat in de initiële rechtshandeling. In die zin voor Nederland: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 13.1.; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 319-320.

(83) Dit m.i. op basis van de aanvullende werking van art. 3, lid 1 Handelshuurwet.

jaar (art. 4 Wet 10 januari 1824).(84) De traditionele Belgische nietigheidsleer vereist echter steeds een voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst opdat de nietigheid haar uitwerking zou hebben. Dit vereiste lijkt onverenigbaar met de door mij ingenomen positie: indien de wet ‘automatisch’ of ‘van rechtswege’ een nietig beding vernietigt en aanvult tot een geldig beding, dan moet die partiële nietigheid eveneens ‘van rechtswege’ werken. Op grond van het cassatiearrest van 25 april 2003(85) kan men echter argumenteren dat het Belgische recht geen vooraf-[337]gaandelijke vernietiging vereist in dit geval, aangezien de bescherming (zoals dat arrest eist) lijkt voort te vloeien uit de wet.(86) Bovendien zijn er naar mijn mening geen gegronde redenen om steeds een voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst te eisen.(87) Het is m.i. dus mogelijk dat de (partiële) nietigheid ‘van rechtswege’ uitwerking kan hebben.

25. De positie in de voorgaande discussie heeft ook gevolgen voor het antwoord op de vraag of conversie niet alleen een rechtshandeling in haar geheel kan treffen, maar ook een enkel beding. Volgt men bijvoorbeeld de tweede stroming (en beschouwt men het voorwerp van de wijziging als doorslaggevend), breidt men het domein van de conversie aanzienlijk uit. Zo vallen o.a. de vermindering van een te hoge prijs of van een te lange duur onder de noemer ‘conversie’ in die visie.(88) Aanvaardt men echter dat de aard van de wijziging en niet het voorwerp van de wijziging bepalend is, dan is de conversie (louter) van bedingen zo goed als uitgesloten. Wanneer de conversie van het beding de aard van de rechtshandeling verandert, verdient het m.i. de voorkeur om van de conversie van de rechtshandeling te spreken. Heeft de ‘conversie’ van het beding geen dergelijke wijziging tot gevolg, zal die wijziging bovendien vaak niet aan de toepassingsvoorwaarden van conversie voldoen.(89) [338]

(84) Een dergelijk recht van opstal is immers niet (in zijn geheel) nietig, maar wordt herleid tot de maximaal toegelaten duur: Cass. 15 december 2006, *RW* 2007-08, 104, noot M. MUYLLE.

(85) Cass. 25 april 2003, *Pas.* 2003, 877, *TBBR* 2005, 42, noot P. WÉRY.

(86) De commentatoren van dit arrest stellen zich terughoudend op bij de interpretatie van dit arrest. Zo is het verre van duidelijk welke bescherming al dan niet uit de wet zou voortvloeien. Zie uitgebreider over dit arrest: I. CLAEYS, “Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten: rechterlijke tussenkomst altijd vereist?” in I. CLAEYS (ed.) *Contractenrecht in beweging*, Mechelen, Kluwer, 2004, (181) 190-195, nrs. 388-397; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2010, (25) 52-54, nrs. 42-44; T. TANGHE, “Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, afl. 2, (705) 748-749, nr. 64; J. VAN ZUYLEN, “Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté” in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE (eds.), *Les sources du droit revisitées – Volume 2 – normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2013, (847) 885-886, nr. 24; J. VAN ZUYLEN, “L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WÉRY (ed.) *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, (89) 141-143, nrs. 32-33; P. WÉRY, “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in P. WÉRY (ed.) *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (7) 29-32, nrs. 14-15.

(87) Zie hierover uitgebreid mijn bijdrage F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, afl. 4, nrs. 33-36.

(88) In die zin voor België: W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 49; voor Nederland J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 216. Zie ook art. 86 WCK, dat bepaalt dat de rechter ofwel de overeenkomst nietig verklaart ofwel de prestatie van de consument vermindert tot maximaal het bedrag dat bij contante betaling verschuldigd zou zijn geweest of tot het ontleende bedrag wanneer de kredietgever bepaalde vermeldingen niet naleeft. JACQUEMIN ziet hierin een vorm van conversie (en dus niet van partiële nietigheid): H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel – mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Bruylant, 2010, 134, 315 en 316, nrs. 235 en 236.

(89) Zie voor de toepassingsvoorwaarden, *infra* nrs. 33-56.

TITEL II. GRONDSLAG VAN GERECHTELIJKE CONVERSIE

26. Net zoals in Nederland vóór de wettelijke erkenning van de conversie⁽⁹⁰⁾ worden er in België verschillende meningen op na gehouden met betrekking tot de aanvaardbaarheid en de grondslag van de gerechtelijke⁽⁹¹⁾ conversie.

27. Volgens bepaalde rechtsleer is er in het Belgische recht geen plaats voor de gerechtelijke conversie.⁽⁹²⁾ Zij menen dat de contractinhoud fundamenteel⁽⁹³⁾ wordt gewijzigd en dat de wilsautonomie van de partijen niet wordt gerespecteerd.⁽⁹⁴⁾ Andere rechtsleer acht conversie wel degelijk verenigbaar met het Belgische recht, maar is verdeeld over de grondslag ervan.⁽⁹⁵⁾ Om een eigen positie te kunnen innemen, zal ik ook de rechtsgronden bespreken die in het (vroegere) Nederlandse recht werden aangevoerd.

28. Een eerste (Nederlandse) stroming ziet de basis voor conversie in de *goede trouw*. Sommigen verwijzen hier naar de beperkende werking van de goede trouw⁽⁹⁶⁾ of rechtsmisbruik⁽⁹⁷⁾, terwijl anderen net op de aanvullende werking ervan [339]een beroep doen. Voorstanders van de beperkende werking als grondslag menen dat conversie plaatsvindt wanneer een beroep op de nietigheid van een rechtshandeling in strijd zou zijn met de goede trouw.⁽⁹⁸⁾ Doordat in bepaalde mate de nietigheid niet kan worden ingeroepen, kan de nietige rechtshandeling toch tot op bepaalde hoogte haar geldingskracht behouden, zij het dan als een andere rechtshandeling. Voorstanders van de aanvullende werking als grondslag menen dat de billijkheid in bepaalde omstandigheden toch bepaalde rechtsgevolgen doet toekomen aan de nietige rechtshandeling.⁽⁹⁹⁾ Naar mijn mening overtuigt geen van beide functies van de goede trouw. Het voornaamste bezwaar tegen de beperkende werking van de goede trouw (en rechtsmisbruik)⁽¹⁰⁰⁾ is dat de

(90) De discussie is in Nederland overbodig geworden doordat het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek de conversie erkent en regelt: art. 3:42 NBW (voor de tekst van dit artikel, zie *supra*, vn. 17). De redelijkheid en billijkheid liggen ten grondslag aan die regeling: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 3.2.1.; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 651.

(91) Vrijwillige en wettelijke conversie zijn daarentegen niet betwist: zie *supra*, nrs. 11-12.

(92) In die zin bv.: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 32, nr. 573; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 49 en 52-53. Zie ook: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 151, vn. 166.

(93) Dit hoeft bij RAUWS geen verwondering te wekken, aangezien hij enkel (maar wel alle) wijzigingen aan essentiële elementen van de rechtshandeling als conversie aanmerkt: zie *supra*, nr. 22.

(94) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 32, nr. 573; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 49 en 52-53. Ook vóór de erkenning van conversie door de Nederlandse wetgever in het nieuwe Nederlandse BW (art. 3:42 NBW) waren bepaalde Nederlandse auteurs die mening toegedaan: in die zin P. KAMPHUISEN, “Nogmaals: de Hoge Raad aan het converteren”, *WPNR* 1944, afl. 3876, (73) 73-74. Zie voor meer auteurs in die zin: P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 301.

(95) In deze zin expliciet P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 642. Aanvaarden eveneens de (gerechtelijke) conversie in het Belgische recht: J. ROODHOOFT, “§ 5. Nietigheid” in *BHVR* 2011, (II.4-99) 113-114 (impliciet); S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 253; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 429.

(96) P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 303 e.v.

(97) J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 235-236.

(98) P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 303.

(99) G. SCHOLTEN, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (151) 163-165.

(100) Zie over de verwantschap tussen beide begrippen: W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 100-101.

beperkende werking van de goede trouw moeilijk nieuwe rechtsgevolgen in het leven kan roepen.⁽¹⁰¹⁾ Conversie roept echter net wél nieuwe of andere rechtsgevolgen in het leven.⁽¹⁰²⁾ Toch kan de aanvullende werking van de goede trouw evenmin overtuigen als rechtsgrond. De toevoeging van bijkomende rechtsgevolgen aan de rechtshandeling houdt immers geen rekening met de wil van partijen. Wie in de aanvullende werking van de goede trouw de grondslag van de (gerechtelijke) conversie ziet, vertrekt m.i. onterecht niet meer van de wilsautonomie van partijen.⁽¹⁰³⁾

29. Een tweede (Nederlandse) stroming ziet conversie als een toepassing van de *interpretatie* (van de rechtshandeling), die zij normatief uitleggen. In die visie heeft conversie dan ook geen grondslag nodig: als toepassing van de interpretatie is zij immers geen zelfstandige rechtsfiguur meer.⁽¹⁰⁴⁾ Doordat die opvatting van het begrip interpretatie m.i. te ver gaat, valt ook deze stroming af.

30. Vele (zowel binnen- als buitenlandse) auteurs steunen zich op de doelmatigheidsgedachte achter de nietigheid om conversie te verantwoorden.⁽¹⁰⁵⁾ Conversie [340] is immers een techniek die ervoor zorgt dat een nietige rechtshandeling toch nog rechtsgevolgen teweegbrengt.⁽¹⁰⁶⁾ De gedachte dat de nietigheid niet verder dient te gaan dan nodig en haar doel zo efficiënt mogelijk moet bereiken is dan wel onlosmakelijk verbonden met de bestaansreden van de conversie, toch kan zij m.i. op zich niet volstaan. Zo kan de doelmatigheidsgedachte achter de nietigheid m.i. niets anders inhouden dan een *beperking* van (het toepassingsgebied of de gevolgen van) de nietigheid. Het enige wat de nietigheid doet, is ervoor zorgen dat bepaalde beoogde rechtsgevolgen niet intreden.⁽¹⁰⁷⁾ Dit schijnt wel het geval te zijn bij de conversie, waar men niet alleen (geheel of deels) vernietigt, maar tevens reconstrueert. Ik sluit me dan ook aan bij de stroming die meent dat de nietigheid op zich geen bijkomende rechten en/of plichten kan creëren.⁽¹⁰⁸⁾ Er is dus nog iets meer nodig dan de flexibiliteit van de nietigheid, namelijk iets dat ervoor zorgt dat er toch additionele rechtsgevolgen aan de rechtshandeling worden gehecht.

31. Volgens mij is dat te vinden in het idee van de maximale werkzaamheid van rechtshandelingen.⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾ Dat idee, dat uitdrukking geeft aan het zelfbeschikkings-[341]recht van

(101) In die zin ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 307. De andere argumenten die HIJMA tegen die stelling aanvoert, zijn m.i. minder pertinent.

(102) Cf. de redenering van ABAS, die tevens een beroep lijkt te doen op de aanvullende werking van de goede trouw: P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 303 e.v. Zie ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 307.

(103) Cf. J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 312-314.

(104) Zie *supra*, nr. 18.

(105) In die zin voor België: P. CRAB, "Gerechtelijke conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W." (noot onder Rb. Dendermonde 12 mei 1966), *RW* 1969-70, (kol. 1980) 1988, nr. 14; J. RONSE, "Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, (199) 221-222; RPDB, *vo Nullité*, nr. 243. Cf. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 429, nr. 134: hij haalt naast de doelmatigheidsgedachte achter de nietigheid ook de hiernavolgende grondslag aan. Voor Nederland: G. DE GROOTH, "Conversie van nietige rechtshandelingen (slot)", *WPNR* 1944, afl. 3874, (63) nr. 10. In het eerste arrest waarin de Hoge Raad de conversie erkent, maakt die ook gewag van die grondslag: HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, nr. 120.

(106) Zie *supra*, nrs. 3 en 4.

(107) Zie de gehanteerde begripsomschrijving van de nietigheid, *supra* nr. 2.

(108) J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 303; L. HOFMANN en P. ABAS, *Het Nederlands verbintenissenrecht - De algemene leer van de verbintenissen*, Groningen, Tjeenk Willink, 1977, 227; G. SCHOLTEN, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (151) 158. Zie eveneens de verwijzingen bij J. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 109-110.

(109) In die zin ook voor België: S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 253; voor

rechtssubjecten,⁽¹¹¹⁾ houdt in dat rechtshandelingen zo veel mogelijk hun onderliggende doelstellingen moeten kunnen verwezenlijken. Dit beginsel is m.i. zelfs de grondslag van de gedachte dat nietigheid steeds ‘maatwerk’ moet zijn: het is maar indien – en in de mate dat – er een verbiedend of gebiedend nietigheidsvoorschrift de rechtshandeling treft, dat de rechtshandeling bepaalde van de beoogde rechtsgevolgen zal ontberen.⁽¹¹²⁾⁽¹¹³⁾ Is een rechtshandeling getroffen door de nietigheidssanctie, dan verklaart dat beginsel waarom de beoogde economische gevolgen toch nog zo veel mogelijk gerealiseerd worden. Dat standpunt benadert de wilsautonomie van partijen dan ook anders dan de stroming die conversie ontoelaatbaar acht. In plaats van conversie als een aantasting van de bindende kracht te beschouwen, zou men er een methode in kunnen erkennen om aan de oorspronkelijke bedoelingen van partijen toch zo veel mogelijk bindende kracht te verlenen.⁽¹¹⁴⁾ De hier verdedigde opvatting dat conversie een plaats verdient in het Belgische recht houdt echter niet in dat elke nietige rechtshandeling zomaar moet worden geconverteerd. Om ervoor te zorgen dat de oorspronkelijke [342]partijbedoelingen

Duitsland: M. AHRENS, “§ 140 Umdeutung” in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 1; J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 1 en de verwijzingen daar; voor **Frankrijk:** P. SIMLER, “Contrats et obligations . – Interprétation des contrats . – L’instrument: Notion, normes, champ d’application - Art. 1156-1164 (fasc. 10)” in *Jcl.civ.* 2009, nr. 43; voor **Italië:** M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milaan, Giuffrè, 1974, 55-56; voor **Nederland** J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 316 e.v. Cf. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 429, nr. 134; hij vermeldt het zelfbeschikkingsrecht en de doelmatigheidsgedachte achter de nietigheid in een adem.

(110) Rechtsleer benoemt dit principe op uiteenlopende wijzen. De DCFR en de *Guiding Principles of European Contract Law* spreken van het ‘behoud van de contractuele relatie’ of ‘*favor contractus*’. Zie voor de DCFR: C. VON BAR, E. CLIVE en H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Full Edition*, 2009, 62; voor de *Guiding Principles of European Contract Law*: art. 0:204 en B. FAUVARQUE-COSSON en D. MAZEAUD (eds.), *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, München, sellier, 2008, 496-514. Italiaanse rechtsleer benoemt dit als het ‘*principio di conservazione dell’attività giuridica*’: F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padua, Cedam, 2008, 888 en de verwijzingen daar (door VAN SCHAIK vertaald als het conservatiebeginsel: A. VAN SCHAIK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 258-259). STIJNS bestempelt dat als de ‘partijautonomie’: S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 253.

(111) Zie over dit zelfbeschikkingsrecht: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 107, nr. 38; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 10 e.v.; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 30 e.v.

(112) Cf. ook de wilsautonomie van partijen, die door (de Franstalige kamer van) het Hof van Cassatie al meermaals als ‘beginsel’ is benoemd: Cass. 27 november 2008, *Huur* 2010, 62; *Pas.* 2008, 2685, *TBBR* 2010, 225, noot J. DEWEZ en *T.Not.* 2012, 119; Cass. 23 november 2009, *Pas.* 2009, 2721, concl. J.-M. GENICOT en *RW* 2010-11, 1434; Cass. 8 november 2013, C.12.0607.F. Zie ook: het Franse recht, waar de *Conseil Constitutionnel* de contractvrijheid van partijen zelfs grondwettelijke waarde heeft gegeven: Cons.Cons. 13 juni 2013, nr. 2013-672 DC, geconsulteerd via <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013-672-dc/decision-n-2013-672-dc-du-13-juin-2013.137357.html>. Zie over de verhouding tussen ‘wilsautonomie’ en ‘contractvrijheid’: L. CORNELIS, “De achtereenkomst” in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten - Welke toekomst beschoren? Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrats d’entreprise - Quel avenir?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (25) 34-36, nrs. 19-21; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 37, nrs. 46-47; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71-72; P. VAN OMMESLAGHE, “L’autonomie de la volonté: du code civil à nos jours” in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten - Welke toekomst beschoren? Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrats d’entreprise - Quel avenir?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (1) 5-7, nr. 6; P. WERY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 123, nr. 99 en de verwijzingen daar.

(113) Zie ook: Cass. 7 juni 2012, C.11.0488.N. Dit arrest erkent (m.i. terecht) dat de opheffing van een wettelijke verbodsbepaling ervoor zorgt dat de initieel ongeoorloofde rechtshandeling nadien toch uitwerking krijgt en afgedwongen kan worden.

(114) Zie voor een gelijkaardig standpunt met betrekking tot de imprevisie: M. MEKKI en M. KLOEFFER-PELÈSE, “Hardship and Modification (or ‘Revision’) of the Contract” in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK en E. DU PERRON (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (651) 660-661; S. VAN LOOCK, “De imprevisie in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?*”, *TBBR* 2013, afl. 9, (446) 460.

gerespecteerd blijven, moet men aan een aantal toepassingsvoorwaarden voldoen om een nietige rechtshandeling te kunnen converteren (zie *infra*, Titel III).

32. Ondanks de onenigheid in de doctrine over de aanvaardbaarheid van gerechtelijke conversie in het Belgische recht past rechtspraak die rechtsfiguur toe. Zo converteerde de rechtbank van Dendermonde een nietige NV naar een VZW. De statuten bepaalden immers dat de NV een belangeloos doel nastreefde, wat strijdig was met de regel dat een handelsvennootschap een winstoogmerk moet hebben. Doordat zij echter aan alle voorwaarden voldeed om als VZW te worden erkend, werd zij daarin omgezet.⁽¹¹⁵⁾⁽¹¹⁶⁾ Recent converteert rechtspraak ook een nietig openbaar testament naar een internationaal testament.⁽¹¹⁷⁾ De strikte toepassingsvoorwaarden kunnen een verklaring zijn waarom er in de rechtspraak weinig toepassingsgevallen te vinden van gerechtelijke conversie.

Conversie kan naar mijn mening ook toepassing vinden in de volgende gevallen, die bij mijn weten (nog) niet expliciet door de rechtspraak zijn erkend. Een dagvaarding voor de onbevoegde rechter kan bijvoorbeeld (net als een ‘onwerkzame’ buitengerechtelijke ontbinding) worden geconverteerd in een ingebrekestelling⁽¹¹⁸⁾ of een onmogelijke verbintenis in een minder vérstrekkende⁽¹¹⁹⁾. Doorheen de volgende Titel zullen andere gevallen waarbij conversie mogelijk is worden vermeld en toegelicht. [343]

TITEL III. TOEPASSINGSVOORWAARDEN VOOR (GERECHTELIJKE) CONVERSIE

33. Om de toepassingsvoorwaarden voor conversie toe te lichten zal ik gebruik maken van drie afdelingen. Omdat ik conversie heb omschreven als een techniek waarmee een nietige rechtshandeling wordt omgezet in een geldige vervangingshandeling⁽¹²⁰⁾, staan die handelingen centraal in de eerste twee afdelingen. De derde (en laatste) afdeling bespreekt het vereiste dat conversie niet mag indruisen tegen de norm die in de nietigheid voorziet.

Afdeling 1. Nietige rechtshandeling

34. Omdat de conversie de gevolgen van nietigheid wil ondervangen, lijkt het vanzelfsprekend dat er eerst en vooral sprake moet zijn van een *nietige rechtshandeling* om tot conversie te kunnen overgaan. Bij nader inzicht zorgt vooral een vage afbakening van het begrip ‘nietigheid’ ten opzichte van andere figuren (zoals niet-tegenwerpelijheid en onbevoegdheid) ervoor dat men ‘nietigheid’ erg ruim interpreteert.

(115) Rb. Dendermonde 12 mei 1966, *RW* 1969-70, kol. 1975, noot P. CRAB en *RPS* 1970, 254, noot P. COPPENS.

(116) Zie ook A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 31, nr. 39.

(117) Brussel 12 oktober 1993, *NFM* 1995, afl. 10, 15, noot M. PUELINCKX-COENE en *RNB* 1994, 121, noot L. RAUCENT; Rb. Nijvel 13 februari 1996, *JT* 1998, 867; Antwerpen 29 januari 2001, *RW* 2002-03, 299; Gent 25 oktober 2007, *T.Not.* 2008, 460. Recent verbrak het Hof van Cassatie een uitspraak omdat die conversie toepaste hoewel er niet aan de vormvereisten van het internationaal testament was voldaan: Cass. 24 januari 2008, *NFM* 2008, 175, noot A. VAN DEN BOSSCHE. Zie ook: R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, die Keure, 2012, 198, nr. 508; M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX en N. GEELHAND, “Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011”, *TPR* 2013, (175) 758-760, nrs. 758-760.

(118) J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 216. Zie art. 2246 BW.

(119) Een onmogelijke prestatie is in het Belgische recht immers nietig: S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 96, nr. 132; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 133; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 283, nr. 182; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 270, nr. 285. Hoewel dit in het Nederlandse recht niet meer het geval is, pleit men ook daar voor de mogelijkheid om een onmogelijke prestatie te converteren in een prestatie die wel mogelijk is. In die zin bv.: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbindenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 649 en de verwijzingen daar.

(120) Zie *supra*, nr. 7.

§ 1. Rechtshandeling

35. Door bepaalde auteurs wordt de mogelijkheid geopperd dat het niet zozeer rechtshandelingen, maar wel *rechtsbetrekkingen* zouden zijn die worden geconverteerd. Zij zien bijvoorbeeld een toepassing van de conversiefiguur in de ‘omzetting’ van een verplichting tot schadevergoeding in natura (zoals de teruggave van een gestolen voorwerp) in een verplichting tot schadevergoeding bij equivalent wanneer de schadevergoeding in natura onmogelijk is geworden (bijvoorbeeld doordat het gestolen voorwerp is teniet gegaan).⁽¹²¹⁾ Net omdat het hier geen rechtshandeling betreft, lijkt het verschil met de conversie van rechtshandelingen dermate groot te zijn dat het moeilijk is om beide situaties in één bespreking te vatten. De grondslag van de (hier behandelde) conversie is m.i. het idee van maximaal werkzame rechtshandelingen, waar – per definitie – immers geen sprake van is bij andere rechtsbetrekkingen.⁽¹²²⁾ Omdat de buitenlandse wettelijke regelingen van de conversie steeds vertrekken vanuit een rechtshandeling,⁽¹²³⁾ ga ik dan ook niet dieper in op de conversie van ‘rechtsbetrekkingen’.

36. Beperkt men zich tot rechtshandelingen, dan is het irrelevant of het om een eenzijdige dan wel om een meezijdige rechtshandeling gaat: beide komen in aan-[344]merking voor conversie.⁽¹²⁴⁾ Zowel meezijdige als eenzijdige rechtshandelingen kunnen worden geconverteerd in (andere) eenzijdige rechtshandelingen. Zo komt een overeenkomst tot beëindiging van een duurcontract mogelijk in aanmerking voor conversie in een eenzijdige opzegging vanwege de ene partij wanneer de beëindigingsovereenkomst door de andere partij werd vernietigd wegens een wilsgebrek.⁽¹²⁵⁾ Omgekeerd kan bijvoorbeeld ook een onbevoegde opzegging worden geconverteerd in een aanbod tot beëindiging.⁽¹²⁶⁾ Is er echter geen rechtshandeling tot stand gekomen (bijvoorbeeld doordat de verklaringen van partijen niet met elkaar overeenstemden)⁽¹²⁷⁾, dan kan er van conversie geen sprake zijn.⁽¹²⁸⁾ [345]

(121) J. EGGENS, “Transpositie en conversie (1946)” in *Eggens' Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, II, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1959, (82) 98-99. Zie ook: J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 201; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 649.

(122) In die zin ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 331.

(123) Zie *supra*, vn. 15-17.

(124) In die zin voor het Duitse recht: M. AHRENS, “§ 140 Umdeutung” in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 5; J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 7; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nr. 9; voor het Nederlandse recht: J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 247-248; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 332. *Contra* echter ABAS, die het toepassingsgebied van de conversie beperkt tot overeenkomsten: P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 302.

(125) In die zin ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 350.

(126) In die zin ook: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 32; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 350; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 816.

(127) M. E. STORME, “De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel” in *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België in Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1997, (1) 39, nr. 37. In die zin voor het Duitse recht (dat van een ‘Dissens’ spreekt): R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 279-286, nrs. 761-783; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 662 e.v.; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 569 e.v.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 171 e.v., nr. 434 e.v.

(128) In die zin voor het Duitse recht: M. AHRENS, “§ 140 Umdeutung” in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 6; J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum*

§ 2. Nietigheid

A. UITSLUITING VAN GELDIGE RECHTSHANDELINGEN

37. Met zekerheid staat vast dat geldige rechtshandelingen niet in aanmerking komen voor conversie.⁽¹²⁹⁾ Is een rechtshandeling aangetast door een nietigheidsgrond, dan komt zij niet in aanmerking voor conversie zolang die nietigheid geen uitwerking heeft gekregen.⁽¹³⁰⁾ Duitse⁽¹³¹⁾ en een meerderheid van de Nederlandse⁽¹³²⁾ rechtsleer meent dan ook dat de nietigheid waarmee de rechtshandeling behept is, afgedwongen moet zijn. Nadien kan dan, uit de assen van de nietige rechtshandeling, de geldige vervangingshandeling herrijzen. Die auteurs beschouwen de conversie als een techniek die in het verlengde ligt van de nietigheid: temporeel gaat vernietiging dan ook steeds conversie vooraf.⁽¹³³⁾ Belgische rechtsleer ziet doorgaans in conversie een ‘alternatief’ voor de (dreigende) nietigheid.⁽¹³⁴⁾ Conversie^[346] is in die opvatting geen techniek om de gevolgen van de nietigheid te *beperken*, maar wel om de nietigheid en de daarmee gepaard gaande gevolgen te *voorkomen*. M.i. verdient de eerste strekking navolging: het is maar omdat de nietigheid afgedwongen is en de rechtshandeling effectief vernietigd is, dat er nood is aan conversie.

Bürgerlichen Gesetzbuch, München, Beck, 2012, nr. 12; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 17.

(129) In die zin voor het Nederlandse recht: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 7.3.5. Zo sluit parlementaire voorbereiding conversie expliciet uit indien een beletsel na de totstandkoming van de overeenkomst ervoor zorgt dat de overeenkomst niet meer uitvoerbaar wordt: C. VAN ZEBEN, J. DU PON en M. OLTROF (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek - Boek 3 - Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 1981, 194. Oudere rechtsleer opperde de mogelijkheid om ook geldige rechtshandelingen voor conversie vatbaar te achten: zie de verwijzingen bij S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 7.3.1.

(130) In die zin voor het Duitse recht: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nrs. 12 en 15 en de verwijzingen daar; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 816; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 14. Bevestiging van de nietigheid sluit dus ook conversie uit: H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 17.

(131) Zie de rechtsleer vermeld in de vorige voetnoot.

(132) S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 2.1.1 en 8.1.3; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 338. *Contra* echter A. HAMMERSTEIN en J. VRANKEN, *Beëindiging en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2003, 51, nr. 37.

(133) Zie: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 429. In die zin ook voor het Duitse recht: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 3; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 817; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 7; voor het Frans recht: A. BOUJEKA, “La conversion par réduction: contribution à l’étude des nullités des actes juridiques formels”, *RTDCom.* 2002, (223) nr. 29; voor het Nederlandse recht: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 332-333; A. VAN SCHAIK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 263.

(134) In deze zin bv. S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 252-253; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 29, nr. 39 (“[de wet] kan, in plaats van de nietigheid, een sanctie vormen [...]” – eigen cursivering, FP); J. RONSE, “Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 203 (“[Wettelijke conversie] kan als sanctie wegens inbreuk op een wettelijk voorschrift bepaald zijn, in plaats van de nietigheid.” – eigen cursivering, FP); P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 962, nr. 642 (“[le juge] peut [...] s’abstenir de prononcer la nullité et ‘convertir’ la convention nulle” – eigen cursivering, FP).

Eén auteur meent zelfs dat nietigheid en conversie onverenigbaar met elkaar zijn: “on ne peut à la fois annuler un acte juridique et le convertir”: H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel – mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Bruylant, 2010, 307, nr. 227 b).

B. RUIME OPVATTING VAN HET BEGRIIP NIETIGHEID

38. De beperking van conversie tot nietige rechtshandelingen is daarentegen minder vanzelfsprekend. Hoewel de wettelijke regelingen steeds 'nietige' rechtshandelingen aanduiden als het voorwerp van conversie, erkent zowel het Duitse als het Nederlandse recht dat ook andere soorten van ongeldige rechtshandelingen kunnen worden geconverteerd.⁽¹³⁵⁾ Een beperking van conversie tot enkel de rechtshandelingen die in de strikte zin van het woord nietig zijn, zou het toepassingsgebied van de conversie onnodig inperken. Het zelfbeschikkingsrecht is immers ook in dergelijke gevallen gebaat bij conversie.⁽¹³⁶⁾ Aanvaard wordt bijvoorbeeld dat ook een opzegging zonder opzeggingstermijn dan wel met een te korte opzeggingstermijn wordt geconverteerd⁽¹³⁷⁾ in een opzegging met de vereiste termijn⁽¹³⁸⁾⁽¹³⁹⁾ of dat een beschikkingsonbevoegde goederenrechtelijke overdracht [347] wordt geconverteerd in een andere goederenrechtelijke rechtshandeling⁽¹⁴⁰⁾ dan wel in een louter verbintenissenrechtelijke rechtshandeling.⁽¹⁴¹⁾⁽¹⁴²⁾

39. Ook in het Belgische recht lijkt een beperking tot 'nietige' rechtshandelingen in de strikte⁽¹⁴³⁾ zin van het woord overbodig.⁽¹⁴⁴⁾ Is een opzegging bijvoorbeeld 'onwerkzaam'⁽¹⁴⁵⁾ omdat de opzeggingstermijn

(135) Zie uitgebreider over de verhouding tussen nietigheid en andere vormen van ongeldigheid: voor het Duitse recht: R. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz: parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 16-27; voor het Nederlandse recht: S. DE LOOS-WIJKER, "Titel 2 Boek 3 BW - [Algemeen. Nietigheden]" in *Groene Serie Vermogensrecht* 2006, aant. 11; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 51-53.

(136) Zie ook: K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 816.

(137) Ook hier kan men argumenteren dat het in wezen om een partiële nietigheid gaat, daar de opzegging kwalitatief gezien geen wijziging ondergaat. Zie *supra*, nr. 21 e.v. voor het onderscheid tussen conversie en partiële nietigheid.

(138) Zie voor het Nederlandse recht: (voor het huurrecht) HR 15 april 2011, *NJ* 2011, nr. 180; S. DE LOOS-WIJKER, "Art. 42 Boek 3 BW - [Conversie]" in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 7.3.7.; (voor het arbeidsrecht) S. DE LOOS-WIJKER, "Art. 42 Boek 3 BW - [Conversie]" in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 7.3.6. en de verwijzingen daar.

(139) Cf. de conversie in het Duitse (arbeids)recht van een *außerordentliche Kündigung* in een *ordentliche Kündigung*, waarbij een 'opzegging' (wegens gewichtige redenen) zonder opzeggingstermijn wordt geconverteerd in een opzegging tegen de vroegst mogelijke termijn: H. ROTH, "§ 140 Umdeutung" in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 36.

(140) Men kan hierbij denken aan de conversie van een eigendomsoverdracht naar een vestiging van een vruchtgebruik, of de conversie van een erfpacht in een huur. Zie ook de voorbeelden bij J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 353-354.

(141) Het Nederlandse recht past conversie bijvoorbeeld toe in de volgende situatie. X wenst een vruchtgebruik op een schilderij te vestigen ten gunste van Y. Als X niet beschikkingsbevoegd is, is de vestiging van het vruchtgebruik echter nietig. In dat geval kan die vestigingshandeling echter worden geconverteerd in een persoonlijk recht bv. een bruikleen: J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 215, nr. 203; C. VAN ZEBEN, J. DU PON en M. OLTROF (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek - Boek 3 - Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 1981, 201. Zie voor een ander voorbeeld A. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 265.

(142) Nederlandse rechtspraak is niet helemaal helder op dit punt. HR 14 november 2008, *NJ* 2009, nr. 137 erkent principieel de mogelijkheid van een goederenrechtelijke conversie, maar past haar hier niet toe. HR 10 december 2010, *NJ* 2010, nr. 669 sluit conversie uit bij geldige rechtshandelingen en eist een nietige rechtshandeling. Het is onduidelijk of hiermee de conversie van een 'ongeldige, niet-nietige' wordt uitgesloten: S. DE LOOS-WIJKER, "Art. 42 Boek 3 BW - [Conversie]" in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 8.3.4.

(143) Naar mijn mening noopt de analyse van het nietigheidsbegrip tot de conclusie dat de 'onwerkzaamheid' en andere vormen van geldigheid in werkelijkheid eveneens gevallen van nietigheid zijn. Eerder (*supra*, nr. 2) heb ik nietigheid omschreven als een sanctie voor rechtshandelingen die bij hun totstandkoming niet aan alle geldigheidsvereisten voldoen, waardoor ze niet alle beoogde rechtsgevolgen tweebrengen. De gevallen waarbij het Belgische recht een dergelijke rechtshandeling 'onwerkzaam' acht, beantwoorden m.i. eveneens aan de gegeven begripsomschrijving van nietigheid. 'Nietige', 'ongeldige' en 'onwerkzame' rechtshandelingen lijken me dan ook niet wezenlijk van elkaar te verschillen, zodat er m.i. geen goede reden is om die rechtshandelingen anders te benoemen wanneer zij door gebreken in hun totstandkoming minstens bepaalde van de beoogde rechtsgevolgen niet verwezenlijken. Het argument dat enkel bij de 'nietigheid' een rechterlijke tussenkomst verplicht zou zijn lijkt

niet werd nageleefd, dan kan ze m.i. [348] net als in het Nederlandse en het Duitse recht in theorie worden geconverteerd in een opzegging met de vereiste termijn.⁽¹⁴⁶⁾ Kan een erfdiensbaaerheid niet worden gevestigd omdat niet aan alle vereisten is voldaan, kan die rechtshandeling nog wel gelden als een louter verbintenisrechtelijke rechtshandeling.⁽¹⁴⁷⁾

Een soortgelijke toepassing vindt men tevens in een cassatiearrest van 3 december 2010⁽¹⁴⁸⁾. Dit arrest erkent dat een fiduciaire eigendomsoverdracht die niet-tegenwerpelijk is aan derden, ten aanzien van derden nog wel als pandrecht kan gelden. Men kan argumenteren dat in dit geval geen *rechtshandeling* wordt geconverteerd, maar dat enkel de *gevolgen* van die rechtshandeling ten aanzien van derden worden beperkt.⁽¹⁴⁹⁾ Tussen partijen onderling zal immers nog steeds de overeenkomst tot fiduciaire eigendomsoverdracht gelden. Ten aanzien van derden zal het zakelijke recht daarentegen slechts gelden als een pandrecht: in de verhouding met derden wordt de fiduciaire eigendomsoverdracht met andere worden geconverteerd in een pandrecht.

C. FORMELE EN INHOUDELIJKE GEBREKEN

40. Om te kunnen converteren is dus een rechtshandeling nodig die – in de ruime zin van het woord – nietig is en waarbij die nietigheid is afgedwongen. Het is daarbij niet van belang om welke reden die rechtshandeling nietig is: de aard van het gebrek is irrelevant. Men erkent bijgevolg dat conversie bij zowel vorme-[349]lijke⁽¹⁵⁰⁾ als inhoudelijke⁽¹⁵¹⁾ gebreken toepassing kan vinden.⁽¹⁵²⁾ Een toepassing in het

me ongegrond. In de eerste plaats is er bij geen van de drie sancties enige reden om een rechterlijke tussenkomst *a priori* te verplichten. (Zie voor de nietigheid: mijn bijdrage F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, afl. 4, nrs. 33-36.) In de tweede plaats zijn de vermelde sancties m.i. zo gelijkend dat het bovendien niet te verklaren is waarom een rechterlijk oordeel bij sommige sancties wel en bij andere niet wordt opgelegd opdat die sanctie uitwerking zou kunnen krijgen.

(144) O.a. RONSE en VAN GERVEN stonden reeds kritisch tegenover de beperking van conversie tot *nietige* rechtshandelingen: J. RONSE, “Gerechterlijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 210-211; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 430, nr. 134, vn. 78.

(145) Het Hof van Cassatie aanvaardt dat een beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding in de regel niet de ontbinding van de overeenkomst tot gevolg heeft wanneer niet aan de (uitoefenings)voorwaarden is voldaan: Cass. 11 mei 2012, *JLMB* 2013, 1018 en *Pas.* 2012, 1066. Zie ook: S. STIJNS en S. JANSSEN, “Actuele ontwikkelingen inzake de basisbeginselen van het contractenrecht” in S. STIJNS, V. SAGAERT, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (50) 48, nr. 59. Zie over de ‘onwerkzaamheid’ van de opzegging: F. VERMANDER, “Eenzijdige opzegging van een overeenkomst” in S. STIJNS en B. TILLEMANN (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2011, (85) 119-122, nrs. 52-55.

(146) Een soortgelijke stelling wordt bovendien verdedigd bij een te vroege (ontijdige) opzegging in het gemene huurrecht. Die opzegging wordt dan ‘geconverteerd’ in een opzegging die op de vroegst mogelijke datum uitwerking krijgt: zie F. VERMANDER, *De eenzijdige opzegging*, onuitg. doctoraal proefschrift KU Leuven, 2010-2011, nr. 930 en de verwijzingen daar. Dit wordt eveneens in het Nederlandse recht aanvaard: zie HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, nr. 391.

(147) In die zin: V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaaerheden door het oog van de 21ste eeuw*, Brussel, Larcier, 2012, 37, nr. 38; voor Frankrijk: R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques - Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 673.

(148) Cass. 3 december 2010, *BFR* 2011, 120, noot I. PEETERS, *Ius & Actores* 2011, 261, concl. G. DUBRULLE, *NJW* 2010, 834, concl. G. DUBRULLE, noot V. SAGAERT, *Pas.* 2010, 3094, *RW* 2010-11, 1177, noot R. FRANSSIS, *TBBR* 2011, 497, noot F. GEORGES en *TBH* 2011, 866, noot M. GRÉGOIRE en L. CZUPPER.

(149) Zie ook: R. FRANSSIS, “De conversie van de fiduciaire eigendomsoverdracht van een schuldvordering in een pand bij samenloop” (noot onder Cass. 3 december 2010), *RW* 2010-11, (1178) 1178-1179, nrs. 2 en 3.

(150) In die zin voor het Duitse recht: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 13; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 816; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 16; voor het Nederlandse recht: J. BEEKHUIS, “Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?” in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 248-250; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht in Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 655; J. HIJMA, *Nietigheid en*

Belgische recht van gerechtelijke conversie bij een vormelijk nietige rechtshandeling is te vinden in de conversie van een nietig openbaar testament naar een internationaal testament;⁽¹⁵³⁾ gerechtelijke conversie bij een inhoudelijk nietige rechtshandeling treft men aan bij de conversie van een nietige NV (nietig wegens gebrek aan winstoogmerk) naar een VZW.⁽¹⁵⁴⁾

D. WAT MET WILSGEBREKEN?

41. Op de vraag of rechtshandelingen die vernietigd zijn wegens wilsgebreken of handelingsonbekwaamheid eveneens geconverteerd kunnen worden, geeft men in het buitenland verschillende antwoorden. Volgens een eerste strekking is conversie zowel bij wilsgebreken als bij handelingsonbekwaamheid uitgesloten. Zo menen voorstanders van die strekking dat bij wilsgebreken de wilsverklaring die de basis vormt van de rechtshandeling verstoord is, waardoor die dus (naar hun mening) niet meer als basis kan dienen voor de vervangingshandeling.⁽¹⁵⁵⁾ Om soort-[350]gelijke reden is volgens hen een geldige vervangingshandeling *a priori* uitgesloten bij handelingsonbekwaamheid.⁽¹⁵⁶⁾ Sommigen achten conversie echter enkel mogelijk bij wilsgebreken,⁽¹⁵⁷⁾ terwijl anderen haar enkel toelaten bij

vernietigbaarheid van rechtshandelingen, Deventer, Kluwer, 1988, 333-334; G. SCHOLTEN, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (151) 188-189.

(151) Dit kan het gevolg zijn van strijdigheid met specifieke wettelijke voorschriften, maar ook van strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden in het algemeen. Duitse auteurs wijzen hier uitdrukkelijk op, doordat het *BGB* een onderscheid maakt tussen *gesetzwidrige* (§ 134 *BGB*) en *sittenwidrige* (§ 138 *BGB*) rechtshandelingen: zie de auteurs vermeld in de vorige voetnoot. Zie eveneens de Nederlandse auteurs vermeld in de vorige voetnoot voor de converteerbaarheid van inhoudelijk nietige rechtshandelingen.

(152) Het enige wat van belang is, is de doelstelling van de nietigheidsnorm: conversie is uitgesloten wanneer conversie hieraan afbreuk zou doen: zie *infra*, nr. 56.

(153) Brussel 12 oktober 1993, *NFM* 1995, afl. 10, 15, noot M. PUELINCKX-COENE en *RNB* 1994, 121, noot L. RAUCENT; Rb. Nijvel 13 februari 1996, *JT* 1998, 867; Antwerpen 29 januari 2001, *RW* 2002-03, 299; Gent 25 oktober 2007, *T.Not.* 2008, 460. Recent verbrak het Hof van Cassatie een uitspraak omdat die conversie toepaste hoewel er niet aan de vormvereisten van het internationaal testament was voldaan: Cass. 24 januari 2008, *NFM* 2008, 175, noot A. VAN DEN BOSSCHE. Zie ook: R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, die Keure, 2012, 198, nr. 508; M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX en N. GEELHAND, "Overzicht van rechtspraak. Giften. 1999-2011", *TPR* 2013, (175) 759-760, nr. 759.

(154) Rb. Dendermonde 12 mei 1966, *RW* 1969-70, kol. 1975, noot P. CRAB en *RPS* 1970, 254, noot P. COPPENS.

(155) In die zin voor het Duitse recht: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 592-593; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 204, nr. 518; R. SILLER-KÖLN, "Die Konversion (§ 140 *BGB*)", *AcP* 1934, (144) 159-161; voor het Nederlandse recht: J. BEEKHUIS, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 209. Cf. J. BUSCHE, "BGB § 140 Umdeutung" in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 14.

(156) In die zin voor het Nederlandse recht: J. BEEKHUIS, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 209. Het Duitse recht beperkt handelingsonbekwaamheid (*Geschäftsunfähigkeit*) tot (o.a.) personen jonger dan zeven jaar (§104 *BGB*). Aangezien 'Geschäftsunfähigen' nagenoeg geen enkele rechtshandeling kunnen stellen, is een geldige vervangingshandeling volgens Duitse auteurs dan ook niet denkbaar: M. AHRENS, "§ 140 Umdeutung" in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 7; J. BUSCHE, "BGB § 140 Umdeutung" in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 12; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 592; H. ROTH, "§ 140 Umdeutung" in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 17; R. SILLER-KÖLN, "Die Konversion (§ 140 *BGB*)", *AcP* 1934, (144) 158.

(157) In die zin voor het Duitse recht: H. ROTH, "§ 140 Umdeutung" in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nrs. 15 en 17. Aanvaarden conversie bij wilsgebreken zonder evenwel over handelingsonbekwaamheid een positie in te nemen: M. AHRENS, "§ 140 Umdeutung" in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 6; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 453, vn. 32; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 816; H.-P. MANSEL, "§ 140 Umdeutung" in R. STÜRNER (ed.) *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz*, München, Beck, 2014, nr. 2.

handelingsonbekwaamheid.⁽¹⁵⁸⁾ Voor een laatste strekking komen nietige rechtshandelingen zowel in geval van een wilsgebrek als in geval van handelingsonbekwaamheid in aanmerking voor conversie.⁽¹⁵⁹⁾

42. Bij wilsgebreken en handelingsonbekwaamheid lijkt de principiële mogelijkheid van conversie me verdedigbaar. Een wil die gebrekkig was bij de totstandkoming van de eerste (vernietigde) rechtshandeling, kan m.i. mogelijk nog steeds als [351] een niet-gebrekkige wil functioneren voor de vervangingshandeling. Wat vereist is, is dat de inhoud van de vervangingshandeling niet door het gebrek is aangetast.⁽¹⁶⁰⁾ Dwaalt een partij (verschoonbaar) bij de eerste rechtshandeling door een onjuiste voorstelling van zaken, dan sluit niets uit dat een rechtshandeling die wél aan diens voorstelling van zaken beantwoordt als vervangingshandeling kan dienen. Omdat bedrog in essentie een opzettelijk veroorzaakte dwaling is,⁽¹⁶¹⁾ geldt volgens mij voor bedrog hetzelfde. Ook bij geweld lijkt conversie me niet uitgesloten: het is immers mogelijk dat de partij die gedwongen was een rechtshandeling te stellen wel degelijk een rechtshandeling wou stellen, maar dan wel één met bijvoorbeeld een ander voorwerp. Hetzelfde argument speelt bij handelingsonbekwaamheid. Wanneer de handelingsonbekwame niet de bevoegdheid heeft om een bepaalde rechtshandeling te stellen, is nog steeds mogelijk dat de gestelde handeling toch een andere (en geldige) invulling krijgt die binnen de bevoegdheden van de handelingsonbekwame valt.⁽¹⁶²⁾⁽¹⁶³⁾

Vaak zullen echter de vereisten voor de vervangingshandeling niet voldaan zijn, zodat de conversie uiteindelijk niet zal plaatsvinden. Dat sluit evenwel de principiële mogelijkheid niet uit om ook tot conversie over te gaan wanneer de nietigheid het gevolg is van handelingsonbekwaamheid of van een wilsgebrek.

Afdeling 2. Vervangingshandeling

43. Eenmaal is vastgesteld dat de rechtshandeling 'nietig' is, vereist de daadwerkelijke toepassing van de (gerechtelijke) conversie nog een geldige vervangingshandeling, d.i. de invulling die de nietige rechtshandeling krijgt om toch bepaalde door partijen 'gewilde' rechtsgevolgen te sorteren (§ 1). Die tweede rechtshandeling moet bovendien minstens deels de concrete economische gevolgen die partijen voor ogen hadden bewerkstellingen (§ 2) en moet – volgens een groot deel van de rechtsleer – 'vervat' zitten in de

(158) In die zin voor het Nederlandse recht: G. DE GROOTH, "De Conversie in de Juristenvergadering", *NJB* 1954, (481) 185; G. SCHOLTEN, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (151) 180-182.

(159) Nederlandse parlementaire voorbereiding acht ook 'vernietigbaarheden' vatbaar voor conversie: C. VAN ZEBEN, J. DU PON en M. OLTHOF (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek - Boek 3 - Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 1981, 194 en 200. In die zin eveneens A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht - Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 649; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 336-338. ABAS is ook een dergelijke mening toegedaan, maar meent dat conversie geen toepassing vindt bij geweld of bedrog: P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 306-308.

(160) In die zin voor het Duitse recht: M. AHRENS, "§ 140 Umdeutung" in H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2012, nr. 6; voor het Nederlandse recht: J. BEEKHUIS, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons BW gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (199) 209 (wie nochtans conversie in beide gevallen uitsluit); G. DE GROOTH, "De Conversie in de Juristenvergadering", *NJB* 1954, (481) 485.

(161) Zie S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 84, nr. 109; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 121; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 247, nr. 149; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 242, nr. 242.

(162) In die zin ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 337; G. SCHOLTEN, "Is erkenning en regeling van de conversie van rechtshandelingen in ons B.W. gewenst?" in *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1954, (151) 180-181.

(163) Zie de nuance in vn. 156 met betrekking tot het Duitse recht.

nietige rechtshandeling (§ 3). Volgens mij verwacht die rechtsleer dat vereiste met het laatste vereiste, namelijk dat die vervangingshandeling in overeenstemming moet zijn met de wil van partijen (§ 4). [352]

§ 1. Geldige rechtshandeling

44. De vervangingshandeling moet in de eerste plaats een geldige rechtshandeling zijn. Zij moet dus aan alle (voor die handeling gestelde) geldigheidsvereisten voldoen.⁽¹⁶⁴⁾ Zo moet bij conversie van een openbaar testament naar een internationaal testament het testament aan alle geldigheidsvereisten van een internationaal testament voldoen. Dat dat niet steeds het geval is, illustreert een cassatiearrest van 24 januari 2008⁽¹⁶⁵⁾. Volgens het hof van beroep te Antwerpen is het openbare testament nietig omdat een van de vereiste getuigen een aanverwant in de derde graad van de erflaatster was. Dat hof acht het openbare testament daarentegen wel geldig als een internationaal testament. Het Hof van Cassatie vernietigt die beslissing omdat het opgestelde testament evenmin aan de vereisten van een internationaal testament voldoet. Ook bij dat type testament mag immers geen van de twee getuigen een aanverwant in de derde graad van de erflaatster zijn.

Vaak voegt men daaraan toe dat die geldige rechtshandeling een ‘andere’ rechtshandeling moet zijn. Dit is verbonden met het verschil tussen conversie en partiële nietigheid, dat volgens mij te vinden is in de aard van de wijziging: de wijziging is niet louter kwantitatief bij conversie, maar wel bij partiële nietigheid.⁽¹⁶⁶⁾ Doordat de wijziging bij conversie minstens deels kwalitatief is, duidt rechtsleer die vervangingshandeling dan ook aan als ‘(kwalitatief) anders’ dan de nietige rechtshandeling. Het vereiste dat er sprake moet zijn van een ‘andere’ invulling heeft geen verdergaande draagwijdte.⁽¹⁶⁷⁾

§ 2. Minstens gedeeltelijke verwezenlijking van het economische doel

45. De vervangingshandeling moet bovendien ook de economische doelstellingen die partijen met hun nietige rechtshandeling beoogden, minstens voor een deel verwezenlijken.⁽¹⁶⁸⁾ Dat vereiste is te verklaren

(164) In die zin voor het Belgische recht: P. CRAB, “Gerechtelijke conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W.” (noot onder Rb. Dendermonde 12 mei 1966), *RW* 1969-70, (kol. 1980) 1988, nr. 13; J. ROODHOOF, “§ 5. Nietigheid” in *BHVR* 2011, (II.4-99) 114; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 430, nr. 134; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 31, nr. 40; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 964, nr. 643; voor het Duitse recht: K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 816; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 205, nr. 519; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 23; voor het Nederlandse recht: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 340; J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 215, nr. 202.

(165) Cass. 24 januari 2008, *NFM* 2008, 175, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

(166) Zie *supra*, nr. 23.

(167) Zie: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 15; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 19.

(168) Voor het Belgische recht: P. CRAB, “Gerechtelijke conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W.” (noot onder Rb. Dendermonde 12 mei 1966), *RW* 1969-70, (kol. 1980) 1989, nr. 13; L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 314, nr. 402; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 212-213; J. ROODHOOF, “§ 5. Nietigheid” in *BHVR* 2011, (II.4-99) 114; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 429-430, nr. 134; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 31, nr. 40; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 964, nr. 643; voor het Duitse recht: K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 814; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 21. Cf. J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 16; voor het Nederlandse recht: J. HIJMA, *Nietigheid en*

vanuit de algemene gedachte [353]achter conversie, namelijk dat de nietige rechtshandeling toch in de mate van het mogelijke werkzaam moet blijven.⁽¹⁶⁹⁾ Doordat bij die gedachte de wil van partijen een belangrijke rol speelt,⁽¹⁷⁰⁾ vereist conversie dat de economische gevolgen die partijen voor ogen hadden minstens gedeeltelijk via een andere invulling van de (nietige) rechtshandeling kunnen intreden. Kan de vervangingshandeling echter op geen enkele wijze de onderliggende partijbedoelingen verwezenlijken, dan zou dit de oorspronkelijke intenties van partijen niet respecteren, waardoor conversie niet toelaatbaar is.

§ 3. Teweeggebrachte rechtsgevolgen

46. Enkele auteurs vereisen dat de vervangingshandeling steeds ‘vervat’ is in de nietige rechtshandeling. Zij menen dat de vervangingshandeling steeds binnen de grenzen van de nietige rechtshandeling moet blijven aangezien zij steeds een vorm van reductie van de nietige rechtshandeling is.⁽¹⁷¹⁾ Terecht voert men aan dat een te strenge invulling van dit ‘bestanddelenvereiste’ het toepassingsgebied van de conversie te zeer zou beperken.⁽¹⁷²⁾ Een te late opzegging zou dan bijvoorbeeld niet meer kunnen worden geconverteerd in een aanbod tot beëindiging van de [354]overeenkomst: een dergelijk aanbod ligt immers niet als dusdanig ‘vervat’ in de eenzijdige opzegging.⁽¹⁷³⁾

47. In tegenstelling tot bepaalde Belgische⁽¹⁷⁴⁾ auteurs onderscheiden Duitse⁽¹⁷⁵⁾ auteurs het ‘bestanddelenvereiste’ van het vereiste dat de vervangingshandeling geen verdergaande rechtsgevolgen mag teweegbrengen dan de nietige rechtshandeling. Met bepaalde Nederlandse⁽¹⁷⁶⁾ auteurs ben ik het eens dat er geen reden is om dat vereiste op te leggen aan de partijen bij de rechtshandeling. Zouden zij de

vernietigbaarheid van rechtshandelingen, Deventer, Kluwer, 1988, 339; J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 214-215, nr. 203.

(169) Zie ook *supra*, nr. 31.

(170) Zie *infra*, nrs. 48-55 over de rol van de wil van partijen bij conversie.

(171) In die zin voor het Belgische recht: P. CRAB, “Gerechtelijke conversie van een nietige N.V. in een V.Z.W.” (noot onder Rb. Dendermonde 12 mei 1966), *RW* 1969-70, (kol. 1980) 1988-1989, nr. 13; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 211; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 429-430, nr. 134; voor het Duitse recht: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 593-594.

(172) In die zin voor het Duitse recht: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 16; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 21; voor het Nederlandse recht: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 346 en de verwijzingen op pagina 345 van gelijkgezinde rechtsleer. De Hoge Raad past dit vereiste overigens ook niet (meer) toe: HR 26 januari 1968, *NJ* 1968, nr. 139. Zie ook: art. 3:42 NBW, waar men een dergelijk vereiste niet in leest: zie J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 345 (een van de teksten waar hij naar verwijst is ongewijzigd het art. 3:42 NBW geworden).

(173) K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 816; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 21. *Cf.* het voorbeeld van HIJMA: als men strikt aan het bestanddelenvereiste vasthoudt, kunnen ‘vier appels’ niet in ‘drie peren’ worden geconverteerd: peren zijn nu eenmaal geen bestanddeel van appels (J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 346).

(174) In die zin bv.: J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 211-212; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 429-430, nr. 134.

(175) In die zin bv.: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 17; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, sellier, 2010, nr. 22.

(176) In die zin bv.: A. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 267-268 en de verwijzingen daar naar Italiaanse rechtsleer.

vervangingshandeling hebben gewild,⁽¹⁷⁷⁾ dan kan conversie m.i. toepassing vinden, ook al gaat de vervangingshandeling ‘verder’ dan de nietige rechtshandeling.⁽¹⁷⁸⁾ In de verhouding tot derden (zoals de geadresseerde van een eenzijdige opzegging) is dat vereiste wel terecht: aangezien zij geen partij zijn bij de rechtshandeling, kan men ook niet peilen naar wat hun bedoelingen waren bij die rechtshandeling. Dit idee wordt in het Nederlandse recht in een apart vereiste gegoten, nl. dat conversie niet toegepast wordt indien “dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt”⁽¹⁷⁹⁾. Door de vaagheid van het begrip ‘onredelijk’ lijkt het me verkieslijk om dit in twee aspecten op te delen. Zo kan men in de eerste plaats voor conversie eisen dat de vervangingshandeling (enkel) tegenover derden geen rechtsgevolgen teweegbrengt die verdergaan dan de gevolgen van de initiële rechtshandeling als die geldig zou zijn geweest. Leidt dit tot ‘onredelijke’ gevolgen, dan lijkt conversie me in de tweede plaats mogelijk niet in overeenstemming met het doel van de nietigheidsnorm,⁽¹⁸⁰⁾ waardoor conversie uitgesloten is. [355]

§ 4. Wat met de wil van partijen?

48. Een laatste vereiste die gesteld wordt aan de vervangingshandeling is dat ze verenigbaar is met de bedoelingen van partijen. Nadat ik de verschillende strekkingen in de rechtsleer heb besproken (A), zal ik de operationalisering van de m.i. na te volgen strekking toelichten (B). Om te kunnen weergeven tot welke concrete verschillen de onderscheiden posities leiden, zal ik vertrekken vanuit een voorbeeld uit de Duitse rechtspraak.⁽¹⁸¹⁾⁽¹⁸²⁾

Twee personen willen een bedrijf verder uitbouwen en richten om die reden een vennootschap onder firma⁽¹⁸³⁾ op. De ene persoon (A) zal een bepaalde som geld inbrengen; de andere (B) een stuk grond. Hun bedrijf wordt echter niet ingeschreven in het handelsregister omdat A en B geen commerciële activiteit kunnen aantonen. Volgens A is de vennootschap onder firma geconverteerd in een maatschap⁽¹⁸⁴⁾, waardoor B nog steeds verplicht is zijn stuk grond in te brengen. B is het hier niet mee eens: hij wenste een vennootschap onder firma op te richten, aangezien zijn vader vroeger slechte ervaringen had opgedaan met een maatschap, wat hij aan A bij het sluiten van de overeenkomst had gemeld.

Het oordeel dat de zes hierna te bespreken stromingen over die casus uitspreken, is als volgt samen te vatten:

(177) Zie de hiernavolgende § 4.

(178) In die zin ook voor het Nederlandse recht: A. VAN SCHAICK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 267-268 en de verwijzingen daar. Zijn impliciet *contra*, aangezien ze conversie per definitie als reductie beschouwen: zie de rechtsleer vermeld in vn. 171.

(179) Art. 3:42 *in fine* NBW.

(180) Zie *infra*, nr. 56.

(181) BGH 15 december 1955, BGHZ 19, 269.

(182) NIEUWENHUIS gebruikt dit voorbeeld eveneens aan bij zijn bespreking van de conversie: J. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 114.

(183) Naar Duits recht: offene Handelsgesellschaft.

(184) Naar Duits recht: Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

	Conversie?	
	Ja	Nee
1 – Objectieve congruentie	x	
2 – Geobjectieeerde wil	x	
3 – Positieve werkelijke wil		x
4 – Negatieve werkelijke wil		x
5 – Positieve hypothetische wil		x
6 – Negatieve hypothetische wil	x	

A. ZES HOUDINGEN TEGENOVER DE WIL VAN PARTIJEN

49. Een eerste (extreme) strekking kent aan de wil van partijen bij de vervangingshandeling geen enkele plaats toe. Voorstanders menen dat enkel de *objectieve congruentie* van de vervangingshandeling met de nietige rechtshandeling van belang is om conversie te kunnen toepassen. Zij laten conversie toe als het doel van de vervangingshandeling – objectief beschouwd – dat van de nietige rechtshandeling [356] kan verwezenlijken.⁽¹⁸⁵⁾ Een verwante strekking acht niet de objectieve congruentie maar wel de *geobjectieeerde wil* van partijen doorslaggevend. Determinerend is niet wat partijen werkelijk wilden, maar wat redelijke partijen zouden moeten hebben gewild.⁽¹⁸⁶⁾ In dit geval rijzen er volgens die strekkingen geen problemen met de toepassing van conversie. Voorstanders van de eerst aangehaalde strekking kunnen argumenteren dat het objectieve doel dat partijen met hun vennootschap onder firma hadden evenzeer wordt bereikt met een maatschap. Aanhangers van de andere strekking zullen aanhalen dat redelijke partijen de maatschap zouden hebben gewild.

Die eerste twee strekkingen zijn volgens mij niet te volgen omdat zij een te sterke inbreuk vormen op het zelfbeschikkingsrecht van partijen. Naar mijn mening verantwoordt het idee dat rechtshandelingen maximaal werkzaam moeten zijn niet dat rechtshandelingen volledig uit de handen van partijen worden genomen. Hun wil vormt immers de basis (maar niet het eindpunt) voor het stellen van rechtshandelingen.

50. Een andere stroming stelt dat conversie vereist dat de *werkelijke wil* van partijen *positief* gericht moet zijn op het verrichten van de vervangingshandeling.⁽¹⁸⁷⁾ Partijen moeten m.a.w. uitdrukkelijk voorzien in de vervangingshandeling voor het geval hun initiële rechtshandeling nietig zou zijn.

Die stroming lijkt me geen ruimte te laten voor gerechtelijke conversie: die opvatting van conversie kan immers ofwel als interpretatie ofwel als vrijwillige conversie worden geanalyseerd.⁽¹⁸⁸⁾ De vereisten die die stroming stelt beperken m.i. te sterk het toepassingsgebied van de conversie.

⁽¹⁸⁵⁾ J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 323. Cf. P. ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer, Kluwer, 1972, 306; A. VAN SCHAIK, *Contractsvrijheid en nietigheid - Beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 268-269.

⁽¹⁸⁶⁾ In die zin: J. RONSE, "Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, (199) 213. Zie ook: J. EGGENS, "Transpositie en conversie (1946)" in *Eggens' Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, II, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1959, (82) 95; vn. 19: naar zijn mening is doorslaggevend wat partijen *behoren* te willen (en niet wat zij zouden hebben gewild). Men kan zich ook afvragen of die mening wel überhaupt ruimte laat voor conversie: via normatieve interpretatie van de inhoud van de rechtshandeling komt men immers niet aan het vraagstuk van conversie toe omdat interpretatie reeds de nodige antwoorden biedt. Zie over die normatieve interpretatie *supra*, nr. 18.

⁽¹⁸⁷⁾ J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, *Algemene beginselen*, Haarlem, De erven F. Bohn N.V., 1948, 450, nr. 270c.

⁽¹⁸⁸⁾ SUIJLING sluit dan ook elke 'andere' vorm van conversie uit: J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, I, *Algemene beginselen*, Haarlem, De erven F. Bohn N.V., 1948, 449-450, nr. 270c.

51. Voor een verwante stroming, die van de *negatief* geformuleerde *werkelijke wil* vertrekt, mogen partijen de vervangingshandeling niet hebben uitgesloten. Doordat minstens één partij de maatschap toch effectief had uitgesloten, kan hier dus geen conversie plaatsvinden.⁽¹⁸⁹⁾ Die stroming lijkt me op twee wijzen gebrekkelijk. [357]

Ten eerste is haar toepassingsgebied van conversie te ruim. Telkens wanneer niet vaststaat dat minstens één partij de vervangingshandeling niet gewild heeft, kan er volgens haar worden geconverteerd. Vaak zal dit echter niet vaststaan, waardoor conversie m.i. in sommige gevallen onterecht kan worden toegepast. Een arrest van de Franse *Cour de Cassation* kan dit illustreren. Een mede-eigenaar had ingestemd met een koopovereenkomst en de eigendomsoverdracht van alle delen van een onroerend goed. Een dergelijke overeenkomst is echter minstens deels nietig op grond van art. 1599 C.civ. De verkoper kon immers slechts bevoegd beschikken over zijn aandeel; ten aanzien van de overige delen was hij beschikkingsonbevoegd. In een arrest van 12 mei 2010⁽¹⁹⁰⁾ erkende de derde burgerlijke kamer van de *Cour de Cassation* echter de mogelijkheid om de koopovereenkomst van het gehele goed te converteren⁽¹⁹¹⁾ naar een koopovereenkomst van het aandeel van de mede-eigenaar. Indien men enkel nagaat of partijen die mogelijkheid niet hadden uitgesloten, loopt de koper het risico dat hij gehouden is tot een koopovereenkomst die hij niet gesloten zou hebben.⁽¹⁹²⁾ Dit is namelijk het geval wanneer de koper niet kan aantonen dat hij de aankoop van slechts enkele delen effectief had uitgesloten.

Ten tweede is haar toepassingsgebied van conversie tegelijkertijd ook te eng. Wanneer men enkel kijkt naar de werkelijke wil van één van de partijen, heeft men geen oog voor het rechtmatige vertrouwen van de wederpartij. Zelfs wanneer een partij zich tegen de maatschap verzette, is het mogelijk dat de wederpartij hier niet van op de hoogte is. Had B niets gezegd over zijn afkeer van een maatschap tegen A, dan lijkt conversie me hier mogelijk.⁽¹⁹³⁾

52. Twee laatste opvattingen vertrekken niet van de werkelijke wil, maar van de *hypothetische wil* van partijen. Voor de vervangingshandeling is hier niet meer van belang wat partijen effectief wilden, maar wel wat zij zouden hebben gewild (positieve hypothetische wil) dan wel wat zij hypothetisch *niet* zouden hebben gewild (negatieve hypothetische wil). De eerste variant stelt de vraag of partijen de vervangingshandeling zouden hebben gewild indien zij rekening hadden gehouden met de nietigheid;⁽¹⁹⁴⁾ de tweede gaat na of partijen liever géén gebondenheid [358] zouden hebben gehad dan de

(189) In die zin: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 430-431, nr. 134.

(190) Cass.fr. (3^e civ.) 12 mei 2010, *RDC* 2011, 158, noot M. MEKKI.

(191) Het is m.i. betwifelbaar of het hier niet om een partiële nietigheid gaat, aangezien er volgens mij enkel sprake is van een kwantitatieve vermindering van de prestaties: zie *supra*, nr. 23.

(192) Cf. M. MEKKI, die eraan twijfelt of de gehanteerde oplossing wel in overeenstemming is met de intentie van partijen: M. MEKKI, “Un pour tous, tous pour un”, telle n'est plus la devise en matière d'indivision” (noot onder Cass.fr. (3^e civ.) 12 mei 2010), *RDC* 2011, (158) nr. 9.

(193) Zie ook *infra*, nr. 54.

(194) Die variant is de meerderheidsopvatting in de andere onderzochte rechtsstelsels. In die zin: art. 1424 C.civ.I. (*supra* noot 16). Cf. § 140 BGB (*supra* noot 15). Zie hierover ook: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nrs. 19-22; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 814; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 205-206; nrs. 520-521; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nrs. 24-28. Zie ook: HR 22 november 2002, *NJ* 2003, nr. 34. Zie: A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht in Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 653; J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 215-216, nr. 203.

vervangingshandeling.(195) Het subtiele verschil komt naar boven in de casus: voor de positieve stroming staat niet vast dat partijen de maatschap zouden hebben gewild (resultaat: geen conversie), terwijl voor de negatieve stroming niet zeker is dat B liever geen gebondenheid zou hebben gehad dan een maatschap (resultaat: wél conversie). Om conversie uit te sluiten vereist die laatste opvatting dat B niet alleen heeft gezegd dat hij geen maatschap wenst, maar ook dat hij geen gebondenheid verkiest boven een maatschap.

53. Volgens mij verdient de stroming die de positieve hypothetische wil van partijen centraal plaatst het meest van de bovenvermelde stromingen navolging. Eerder(196) heb ik reeds mijn argumenten weergegeven tegen de twee versies van de stroming die de werkelijke wil cruciaal acht. Die wegen volgens mij zwaarder door dan de opmerking dat de hypothetische wil van partijen een fictie is.(197) Een argument tegen de negatieve hypothetische wil is dat de positieve wil van partijen ook de basis vormde van de nietige rechtshandeling en – nog ruimer – de basis vormt van het zelfbeschikkingsrecht. Er is volgens mij geen reden om van dit uitgangspunt af te wijken bij het aftoetsen van de vervangingshandeling aan de intenties van partijen. Concreet legt het criterium van de negatieve hypothetische wil m.i. ook een (te) grote last op de schouders van B die in het voorbeeld geen maatschap wou. Vereisen dat hij expliciet vermeldt dat hij liever niets heeft dan toch een maatschap, gaat m.i. te ver.(198)

54. Hoewel de positief geformuleerde hypothetische wil van partijen naar mijn mening het meest dienstige criterium is, kan de vertrouwensleer dit criterium wel enigszins nuanceren. Nu algemeen aanvaard is dat het vertrouwen een zekere rol vervult bij de totstandkoming van de rechtshandeling,(199) lijkt het me enkel maar consequent om dat vertrouwen ook een rol toe te dichten bij de vaststelling van de vervangingshandeling. Stel dat B niets tegen A had gezegd over zijn afkeer van de maatschap, maar dat hij toch kan bewijzen dat hij ten tijde van de contractsluiting geen maatschap zou hebben gewild. In een dergelijk geval lijkt conversie me doorgang te kunnen vinden: A kan er immers rechtmatig op vertrouwd hebben dat B bij een eventuele nietigheid toch een maatschap zou hebben verkozen. NIEUWENHUIS gaat nog een stap verder. Volgens hem kan A er in de casus nog steeds [359]rechtmatig op vertrouwen dat B toch nog de maatschap zou hebben verkozen boven de afwezigheid van enige gebondenheid, ondanks de mededeling van B dat hij geen maatschap wenste.(200) Net zoals bij de negatieve hypothetische wil legt dat m.i. een onredelijk zware last op de schouders van B. Naar mijn mening kan men van hem eisen dat hij kenbaar maakt dat hij geen maatschap wil, maar niet dat hij zelfs geen maatschap zou willen indien de vennootschap onder firma nietig zou zijn.

(195) Die houding werd bijvoorbeeld ingenomen door het *Bundesgerichtshof* in de casus.

(196) Zie *supra*, nrs. 50-51.

(197) Volgende auteurs menen dat de hypothetische wil om die reden geen navolging verdient: J. RONSE, "Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen", *TPR* 1965, (199) 215; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 430, nr. 134.

(198) Cf. ook de auteurs die dit arrest evenmin goedkeuren: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, 595-596; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 205-206, nr. 521.

(199) Zie: S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 50-51, nrs. 67-68; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 72-75; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 1705-1710, nr. 1187; P. WÉRY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 224-226, nrs. 222-223.

(200) J. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 118.

55. Wanneer men dat criterium in de praktijk hanteert, zal men vaak conversie moeten afwijzen wegens aanhoudende twijfel over wat partijen zouden hebben gewild. Doordat conversie volgens mij maar toepassing kan vinden wanneer vaststaat dat partijen de vervangingshandeling zouden hebben gewild, zal men vaak geen vervangingshandeling kunnen vaststellen die in overeenstemming met de partijbedoelingen is. Aldus wordt het toepassingsgebied erg ingeperkt en zullen het voornamelijk eenzijdige rechtshandelingen zijn die in aanmerking komen voor conversie. Aangezien er slechts één partij is, zal men bij eenzijdige rechtshandelingen minder problemen ondervinden bij het vaststellen van de partijbedoelingen dan bij meerzijdige rechtshandelingen. Een cassatiearrest van 23 maart 2006(201) kan de moeilijkheden illustreren die rijzen bij het vaststellen van de (hypothetische) partijbedoelingen bij meerzijdige rechtshandelingen.

De zaak die aanleiding gaf tot dat arrest betrof een openbare aanbesteding waarbij de werken in twee fases waren onderverdeeld. Voor elk van beide fases had men een (verschillende) prijsherzieningsformule ingelast met vier parameters. Eén van die parameters was de brandstofprijs en had in de formule voor de eerste fase een relatief aandeel van 30%, maar had in de formule voor de tweede fase slechts een relatief aandeel van 10%. Het relatieve aandeel van de brandstof in de formule voor de eerste fase bleek echter op significante wijze af te wijken van het werkelijke aandeel van die parameter in de kosten, waardoor die formule (absoluut) nietig was.(202) Wat wel geldig zou zijn geweest, was de prijsherzieningsformule van de tweede fase (daar het relatieve aandeel slechts 10% bedroeg). Op vraag van een van de partijen verving het hof van beroep dan ook de (nietige) formule uit de eerste fase door de (wel geldige) formule uit de tweede fase. Het Hof van Cassatie vernietigde die beslissing echter omdat ze afbreuk zou hebben gedaan aan de bindende kracht van de overeenkomst. Passen we het gekozen criterium op die zaak toe, dan bestond er inderdaad geen eenduidigheid over de hypothetische wil van partijen. Doordat partijen twee verschillende formules hebben gehanteerd, kan men immers stellen dat ze voor de eerste fase expliciet een andere formule wensten te hanteren. Het gevolg hiervan is dat conversie – *in casu* van het beding – m.i. niet kan worden toegepast in een dergelijk geval. [360]

Afdeling 3. Overeenstemming met het normdoel

56. Wanneer Belgische rechtsleer de toepassingsvoorwaarden voor de gerechtelijke conversie bespreekt, beperkt zij zich tot de eerder vermelde vereisten. Duitse(203) en Nederlandse(204) rechtsleer vereisen echter bovendien dat de conversie niet mag ingaan tegen de doelstelling van de norm die in de nietigheid voorziet. Dit is m.i. logisch, aangezien conversie een middel is om de impact van de nietigheid te

(201) Cass. 23 maart 2006, *Arr. Cass.* 2006, 697, *JT* 2007, 189, *Pas.* 2006, 676 en *RCJB* 2007, 422, noot C. CAUFFMAN.

(202) Dit wegens strijdigheid met art. 57, § 2 wet 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen, *BS* 1 april 1976, 3923.

(203) In die zin: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 13; K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 815; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 206-207, nrs. 522-523; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nrs. 29-32.

(204) In die zin: S. DE LOOS-WIJKER, “Art. 42 Boek 3 BW – [Conversie]” in *Groene Serie Vermogensrecht* 2012, aant. 8.4.3. en 9. J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 215, nr. 202.

ondervangen.⁽²⁰⁵⁾ Onder dat vereiste verstaat men niet zozeer dat ook de vervangingshandeling niet nietig mag zijn: dat wordt immers als een vereiste voor de vervangingshandeling beschouwd.⁽²⁰⁶⁾ Het gaat veeleer om een eventuele ontradende werking die het nietigheidsvoorschrift beoogt.⁽²⁰⁷⁾ Door middel van (eender welke vorm van) conversie zou men een dergelijke doelstelling kunnen frustreren: wanneer een nietige rechtshandeling toch nog een bepaalde uitwerking krijgt die partijen zouden hebben gewild, zullen zij geen (of alleszins minder) stimulans voelen om toch een normconforme rechtshandeling te stellen. Doordat het Nederlandse recht geen rigoureuze onderscheid⁽²⁰⁸⁾ maakt tussen partiële nietigheid en conversie is het vaak betwistbaar of de voorbeelden die Nederlandse rechtsleer aanhaalt wel gevallen van conversie zijn. In elk geval speelt ook bij de partiële nietigheid de doelstelling van de nietigheidsnorm een bepalende rol,⁽²⁰⁹⁾ waardoor dit vereiste hoe dan ook⁽²¹⁰⁾ aan de hand van een arrest van de Hoge Raad van 18 december 2009⁽²¹¹⁾ kan worden toegelicht. [361]

De overeenkomst die ter discussie stond in die zaak bevatte een beding dat aan een partij een optie verleende om een supermarkt (en onroerende goederen) aan te kopen ingeval de wederpartij de overeenkomst zou stopzetten. Volgens het gerechtshof te Leeuwarden was het beding een ongeoorloofde beperking van de concurrentie en derhalve nietig op grond van (het Nederlandse) art. 6, lid 2 Mw.⁽²¹²⁾ Partijen hadden echter in hun overeenkomst het volgende beding opgenomen: *“De ongeldigheid of nietigheid van één of meer van de bepalingen van deze overeenkomst laat de rechtsgeldigheid van de overige bepalingen onverlet. In geval van een zodanige nietigheid zullen partijen in overleg treden met het doel overeenstemming te bereiken over het vervangen van de litigieuze bepaling opdat zoveel mogelijk eenzelfde effect wordt bereikt”*. Volgens de partij die over het optierecht beschikte werd dat optierecht op grond van die bepaling geconverteerd in wat maximaal toelaatbaar was. Net als het gerechtshof te Leeuwarden oordeelt de Hoge Raad dat de doelstelling van art. 6, lid 2 Mw. – nl. de uitbanning van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten – niet toelaat dat het optierecht zou worden aangepast zodat het nog net binnen de grenzen van dit artikel zou vallen.⁽²¹³⁾

(205) Zie *supra*, nrs. 2-4.

(206) Zie *supra*, nr. 44.

(207) In die zin voor het Duitse recht: H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nr. 32. Zie ook: K. LARENZ en M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2004, 815; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2002, 206, nr. 526.

(208) Zie voor dat onderscheid *supra*, nr. 21 e.v.

(209) C. CAUFFMAN, “Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?” (noot onder Cass. 23 maart 2006), *RCJB* 2007, (428) 433, nr. 14; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, JBB, 2008, (325) 414; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 28, nr. 37 en de verwijzingen daar; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 353, nr. 227.

(210) In onderhavig geval wordt geargumenteed dat een optiebeding wordt ‘geconverteerd in het maximaal toelaatbare’. Door het gebrek aan bijkomende informatie is het niet duidelijk welke aard die wijziging heeft. Bijgevolg is het niet duidelijk of het hier een partiële nietigheid dan wel conversie betreft.

(211) HR 18 december 2009, *NJ* 2010, nr. 140, noot M. MOK. Zie ook: HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, nr. 176.

(212) Dat lid luidt als volgt: *“De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.”*. Dat artikel is het nationale equivalent van art. 101, lid 2 VWEU (vroeger art. 81, lid 2 EG).

(213) Zie ro. 3.7.1. en 3.7.2 van het genoemde arrest.

TITEL IV. DE ROL VAN DE RECHTER BIJ CONVERSIE

57. Het laatste deel van deze bijdrage is gewijd aan de taak van de rechter wanneer hij in een geding een rechtshandeling aantreft die voor conversie in aanmerking komt. Vooraleer ik zijn taak bij de vrijwillige conversie (Afdeling 2) en bij de wettelijke en gerechtelijke conversie (Afdeling 3) bespreek, licht ik de taak van de rechter toe bij het toepassen van rechtsregels (Afdeling 1).

Afdeling 1. De taak van de rechter bij het toepassen van rechtsregels in het algemeen

58. Sinds enige jaren heeft het Hof van Cassatie de verplichtingen van de rechter bij het toepassen van rechtsregels als volgt omschreven: “De rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet [362]wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van partijen niet miskent.”(214).(215) Uit die algemene omschrijving vallen vier concrete plichten voor de rechter af te leiden. *Ten eerste* mag de rechter geen betwisting opwerpen waarvan de partijen bij conclusie geldig het bestaan hebben uitgesloten.(216) *Ten tweede* mag hij bij het ambtshalve toepassen van rechtsregels het recht van verdediging niet miskennen. *Ten derde* mag hij zich enkel baseren op elementen die regelmatig in het debat zijn gebracht.(217) Door die ruime omschrijving kan(218) de rechter zich dus ook steunen op de zogenaamde ‘bijkomstige feiten’.(219) *Ten vierde* mag hij het voorwerp van de vordering niet wijzigen, wat betekent dat hij niets meer of anders [363]mag toekennen dan

(214) Sinds 2005 is dit vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie geworden: Cass. 14 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 868 en *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL en *JT* 2005, 659, noot J. VAN COMPERNOLLE; Cass. 2 juni 2005, *Pas.* 2005, I, 1168, concl. A. HENKES, *JT* 2006, 149, *JLMB* 2006, 452 en *FJF* 2006, 577; Cass. 9 mei 2008, *Arr.Cass.* 2008, 1156, *JT* 2008, 721, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pas.* 2008, 1137 en *RW* 2008-09, 1765, noot S. MOSSELMANS; Cass. 28 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1465, concl. A. HENKES, *Ius & Actores* 2010 41, noot M. GRÉGOIRE, *JT* 2009, 552, concl. A. HENKES, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *JLMB* 2009, 1656, *Pas.* 2009, 1342, concl. A. HENKES en *T.Verz.* 2011, 79 en 81; Cass. 28 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1485 en *Pas.* 2009, 1363; Cass. 28 september 2009, *Arr.Cass.* 2009, 2125, concl. J.-M. GENICOT en *Pas.* 2009, 2023, concl. J.-M. GENICOT; Cass. 1 februari 2010, *Arr.Cass.* 2010, 323, concl. R. MORTIER en *Pas.* 2010, 343; Cass. 2 april 2010, *Arr.Cass.* 2010, 1029 en *JLMB* 2010, 1235, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK en *Pas.* 2010, 1102; Cass. 31 januari 2011, C.10.0123.F; Cass. 29 september 2011, C.10.0349.N; Cass. 28 september 2012, *RW* 2012-13, 895, noot J. VAN DONINCK, *TBBR* 2013, 234, noot T. TANGHE; Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N; Cass. 30 januari 2014, C.12.0305.N. Zie ook: Cass. 3 mei 2013, C.11.0513.N en Cass. 10 februari 2014, C.13.0381.N.

(215) Zie over die rechtspraak ook: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Chronique de l’office du juge” (noot onder Cass. 22 maart 2012, Cass. 28 september 2012, Cass. 4 oktober 2012, Cass. 5 november 2012, Cass. 14 december 2012 en Cass. 13 maart 2013), *JLMB* 2013, afl. 25, (1307) 1307-1320; K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 150-154, nrs. 131-134.

(216) Zie uitgebreider over die voorwaarde: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 295-314, nrs. 176-195; S. MOSSELMANS, “Enkel een duidelijk akkoord kan het debat in rechte beperken” (noot onder Cass. 9 mei 2008), *RW* 2008-09, (1765) 1765-1766.

(217) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 289, nr. 169. Feiten kunnen zowel door partijen als door een regelmatig en tegensprekelijk uitgevoerde onderzoeksmaatregel in het debat zijn gebracht: *ibid.*

(218) Hij is hier evenwel niet toe verplicht: Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N. Zie ook G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 2009, 314, nr. 437.

(219) Indien hij zijn beslissing baseert op dergelijke feiten, dient hij uiteraard wel de rechten van verdediging (en het beginsel van tegenspraak) te respecteren: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 283-289, nrs. 163-169.

gevorderd, tenzij de wet anders bepaalt.(220)(221) Dat is zelfs niet mogelijk in zaken die de openbare orde raken.(222)

Afdeling 2. De rol van de rechter bij vrijwillige conversie

59. Wanneer partijen vrijwillig hun nietige rechtshandeling geldig hebben geconverteerd in een geldige vervangingshandeling(223) rijzen er geen bijzondere vragen. Doordat partijen zelf een dergelijke wilsovereenstemming bereiken die tot conversie leidt, is er geen vordering voor de rechter nodig om de rechtsgevolgen die met de vrijwillige conversie beoogd waren te doen intreden. Voeren zij op een geldige wijze die conversie door, dan zijn zowel zij als de rechter hierdoor gebonden (art. 1134, lid 1 BW): de taak van de rechter levert hier dan ook geen discussie op.

60. Het is echter niet uitgesloten dat de vrijwillige conversie van partijen zelf nietig kan zijn. Dit kan bijvoorbeeld doordat de vrijwillige conversie in strijd is met de doelstelling van de nietigheidsnorm.(224) In dergelijke gevallen kunnen er zich verschillende hypothesen voordoen. Zo kan minstens één van de partijen een vordering tot nietigverklaring van de vrijwillige conversie instellen. In een dergelijk geval eerbiedigt de rechter het beschikkingsbeginsel wanneer hij de (gevorderde) nietigheid uitspreekt. Het is echter ook mogelijk dat partij A de uitvoering van de (nieuwe) rechtshandeling vordert en dat wederpartij B niet de nietigverklaring van die (nieuwe) rechtshandeling vordert. Op grond van de rechtspraak van het Hof van Cassatie(225) is de rechter verplicht om de nietigheidsgrond van die nieuwe rechtshandeling op te werpen. B kan die aanleiding aangrijpen om haar vordering uit te breiden(226) en alsnog de vernietiging van de (nieuwe) rechtshandeling te verkrijgen. Doet B dit niet, dan is de aard van de nietigheid van belang. Is de nieuwe rechtshandeling aangetast door een absolute nietigheidsgrond, dan zal de rechter ambtshalve de gevorderde uitvoering moeten afwijzen als ongegrond. Het [364]beschikkingsbeginsel verbiedt de rechter immers om de (nieuwe) rechtshandeling daadwerkelijk te vernietigen als geen van de partijen een vordering in die zin hebben ingesteld.(227) Betreft het daarentegen een relatieve nietigheidsgrond, dan zal het niet-instellen van een vordering tot vernietiging door B in bepaalde omstandigheden(228) kunnen worden geïnterpreteerd als een (stilzwijgende) afstand van recht.

(220) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 227 e.v., nr. 110 e.v.; A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, "Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd" in G. STRAETMANS en M. ROZIE (eds.), *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (95) 118, nr. 24.

(221) Zie hierover uitgebreid: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 242 ev, nr. 121 e.v.

(222) Cass. 14 februari 2011, *Arr.Cass.* 2011, 492, *Inf.RIZIV* 2011, 90, *JTT* 2011, 196 en *Pas.* 2011, 507; Cass. 28 september 2012, *RW* 2012-13, 895, noot J. VAN DONINCK en *TBBR* 2013, 234, noot T. TANGHE. Zie ook: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 233-234, nr. 116 en de (talrijke) verwijzingen daar; J. LINSMEAU en X. TATON, "Le principe dispositif et l'activisme du juge" in *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, Brugge, die Keure, 2005, (103) 107, nr. 10 en vn. 25.

(223) Zoals eerder gesteld kan vrijwillige conversie niet alleen intreden door een beding in de initiële rechtshandeling, maar ook door een latere wilsovereenstemming. Zie *supra*, nrs. 10 en 56. Zie daar ook voor voorbeelden van die twee mogelijkheden, nl. Cass. 8 januari 1998 (*Arr.Cass.* 1998, 45, *Pas.* 1998, I, 48) (voorbeeld van een vrijwillige conversie door latere wilsovereenstemming) en HR 18 december 2009 (*NJ* 2010, nr. 140, noot M. MOK) (voorbeeld van een – poging tot – vrijwillige conversie door middel van een beding in de initiële overeenkomst).

(224) Zie *supra*, nr. 56.

(225) Zie *supra*, vn. 214.

(226) Dit is mogelijk als aan de voorwaarden van art. 807 Ger.W. is voldaan.

(227) Cass. 28 september 2012, *RW* 2012-13, 895, noot J. VAN DONINCK en *TBBR* 2013, 234, noot T. TANGHE.

(228) Om afstand te kunnen doen van het recht om een relatieve nietigheid te vorderen is bijvoorbeeld vereist dat de beoogde bescherming uitwerking heeft kunnen krijgen: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007,

Afdeling 3. De rol van de rechter bij wettelijke en gerechtelijke conversie

61. Wanneer partijen hun nietige rechtshandeling niet vrijwillig hebben geconverteerd, heeft de rechter een meer omvangrijke rol.⁽²²⁹⁾ Hoewel m.i. zowel wettelijke als gerechtelijke conversie van rechtswege intreden (§ 1), moet de rechter in de praktijk nog steeds vaststellen of er wel aan alle toepassingsvoorwaarden was voldaan (§ 2).

§ 1. De afdwinging van de wettelijke en gerechtelijke conversie

62. De wijze waarop (wettelijke of gerechtelijke) conversie wordt afgedwongen, heeft in het Belgische recht tot nu toe maar beperkte aandacht gekregen. Rechtsleer die de gerechtelijke conversie bespreekt, lijkt een rechterlijk oordeel te vereisen opdat die vorm van conversie zou kunnen intreden.⁽²³⁰⁾ Daaruit meen ik te [365]moeten afleiden dat zij aannemen dat die vorm van conversie niet van rechtswege uitwerking heeft.

63. Naar mijn mening moet men wat de afdwinging betreft geen onderscheid maken tussen wettelijke en gerechtelijke conversie. Het enige verschilpunt is m.i. te vinden in het feit dat de wetgever bij wettelijke conversie uitdrukkelijk stelt in welke vervangingshandeling de nietige rechtshandeling wordt omgezet, terwijl dit bij 'gerechtelijke' conversie niet uitdrukkelijk is bepaald. Volgens mij worden wettelijke en gerechtelijke conversie dan ook op dezelfde wijze afgedwongen.

64. M.i. vindt zowel wettelijke als gerechtelijke conversie uit kracht der wet plaats, d.i. zonder dat een rechterlijke tussenkomst noodzakelijk is. Men kan de afdwinging van conversie vergelijken met de rechtsgevolgen van een geldige rechtshandeling. Net zoals het (objectieve) recht zonder rechterlijke tussenkomst rechtsgevolgen verbindt aan een geldige rechtshandeling, verbindt het (objectieve) recht⁽²³¹⁾ rechtsgevolgen aan de nietige rechtshandeling. Zodra de initiële rechtshandeling vernietigd is, doet het (objectieve) recht de rechtsgevolgen van een vervangingshandeling ontstaan.⁽²³²⁾ Een rechterlijke tussenkomst is hierbij declaratoir van aard: de uitspraak van de rechter is dan geen vereiste opdat de

304, nr. 188; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 696-697, nrs. 553-554; X. DIEUX, "Le contrat: instrument et objet de dirigisme?" in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. de Jeune Barreau, 1984, (255) 272; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 372; A. VAN OEVELEN, "Nietigheid" in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 12, nr. 14; M. VON KUEGELGEN, "Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités" in P.-A. FORIERS (ed.) *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2000, (569) 603, nr. 31.

(229) Zie over de rol van de rechter bij conversie in het Franse recht: A. BOUJEKA, "La conversion par réduction: contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels", *RTDCom.* 2002, (223) nrs. 30-33.

(230) Zo schrijft CORNELIS dat gerechtelijke conversie inhoudt dat "een vernietigbare verbintenis, onder omstandigheden, door de rechter in een rechtsgeldige verbintenis [wordt] omgezet" (eigen onderlijning – FP): L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 725, nr. 573. Volgens DE GRUYSE, VAN GERVEN en VAN OEVELEN betekent gerechtelijke conversie "conversie op initiatief van de rechter": L. DE GRUYSE, "De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 313, nr. 402; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 427, nr. 134; A. VAN OEVELEN, "Nietigheid" in *Comm.Bijz.Ov.* 2008, 30, nr. 39. In die zin ook STIJNS: zij schrijft bijvoorbeeld dat "de rechter [...] op eigen initiatief [...] een nietige overeenkomst [mag] redden van de ondergang": (eigen onderlijning – FP) S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 252. VAN OMMESLAGHE meent dat, wanneer de rechter de nietigheid van een overeenkomst vaststelt, "il peut [...] 'convertir' la convention nulle": P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 962, nr. 642. Voor WERY stelt zich bij gerechtelijke conversie de vraag "si le juge peut convertir un acte en l'absence d'une disposition légale l'y autorisant" (eigen onderlijning – FP): P. WERY, *Droit des obligations - Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 347, nr. 355-3. Zie voor Frankrijk (expliciet): A. BOUJEKA, "La conversion par réduction: contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels", *RTDCom.* 2002, (223) nrs. 28-29.

(231) Meer bepaald het zelfbeschikkingsrecht, wat m.i. de grondslag is van de (gerechtelijke) conversie: zie *supra*, nr. 31.

(232) In die zin ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 321.

conversie zou intreden, maar louter de vaststelling dat – op grond van het (objectieve) recht – de conversie reeds is voltrokken.

Dit brengt tevens met zich dat er geen termijn gekoppeld is aan de afdwinging van de conversie: conversie treedt reeds op het moment van vernietiging in waardoor er geen vordering meer nodig is om de conversie te effectueren. Een ander gevolg is dat in een gerechtelijke procedure partijen niet verplicht zijn om de vervangingshandeling aan te duiden waarin de nietige rechtshandeling zou zijn geconverteerd. Doordat de conversie van rechtswege heeft plaatsgevonden, vereist de taak van de rechter dat hij ambtshalve nagaat welke rechtsgevolgen de wet toch aan de nietige rechtshandeling heeft gehecht.⁽²³³⁾ [366]

65. Tegen een dergelijke ‘automatische’ afdwinging zou men kunnen inbrengen dat dit rechtsonzekerheid in de hand werkt.⁽²³⁴⁾ Partijen zouden immers niet op de hoogte zijn van de vervangingshandeling waarin hun nietige rechtshandeling automatisch werd geconverteerd. Dit argument heeft volgens mij weinig gewicht. Zo zorgt het vereiste dat de vervangingshandeling gewild zou moeten zijn er m.i. voor dat partijen – indien zij van de nietigheid op de hoogte zijn⁽²³⁵⁾ – de inhoud van de vervangingshandeling kunnen inschatten. Daarnaast kunnen partijen in geval van twijfel steeds een rechterlijke (declaratoire) uitspraak vragen om duidelijkheid te brengen.⁽²³⁶⁾

Het belangrijkste argument tegen een constitutieve rechterlijke tussenkomst is m.i. de dogmatische fundering ervan.⁽²³⁷⁾ De grondslag is volgens mij (voor gerechtelijke conversie) immers te vinden in het zelfbeschikkingsrecht.⁽²³⁸⁾ Als rechtsgevolgen door dat zelfbeschikkingsrecht kunnen intreden, is er geen enkele reden om bijkomend nog een rechterlijk oordeel te eisen. Naar mijn mening vereist het zelfbeschikkingsrecht (het principe van maximaal werkzame rechtshandelingen inbegrepen) dat een vervangingshandeling bij conversie uitwerking kan krijgen zonder rechterlijke tussenkomst, tenzij daar een gegronde reden voor is. En net die gegronde reden lijkt me hier niet aanwezig te zijn.

Wanneer men toch een rechterlijke uitspraak vereist, rijst de vraag of de vordering tot conversie dan ook binnen een bepaalde termijn zou moeten worden ingesteld, en zo ja, binnen welke termijn. Zouden partijen bijvoorbeeld na de vernietiging van de rechtshandeling nog tien jaar de tijd hebben om de conversie te vorderen?⁽²³⁹⁾ Na de vernietiging nog een termijn koppelen aan de mogelijkheid om conversie te vorderen, is m.i. (nog meer) een bron van rechtsonzekerheid: gedurende een bepaalde tijd zou de rechtshandeling immers nog van ‘nietig’ naar ‘geldig’ kunnen worden omgezet.⁽²⁴⁰⁾ Meent men dat er geen (bijkomende)

(233) In die zin voor het Duitse recht: J. BUSCHE, “BGB § 140 Umdeutung” in F. SÄCKER (ed.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2012, nr. 34; H. ROTH, “§ 140 Umdeutung” in N. HABERMANN (ed.) *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil - §§ 139-163*, München, Sellier, 2010, nr. 33; voor het Nederlandse recht: HR 22 november 2002, *NJ* 2003, nr. 34; A. HARTKAMP en C. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht – Algemeen overeenkomstenrecht* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III*, Deventer, Kluwer, 2010, nr. 652; J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 321; J. HIJMA, C. VAN DAM, W. VAN SCHENDEL en W. VALK, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2013, 213, nr. 202.

(234) Zie hierover ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 321.

(235) Veronderstellen partijen echter dat hun initiële rechtshandeling geldig is, dan is er m.i. niet echt onzekerheid over de vervangingshandeling. In een dergelijke hypothese vragen partijen zich immers niet af welke inhoud de vervangingshandeling heeft, aangezien ze vertrekken vanuit de geldigheid van hun rechtshandeling.

(236) In die zin ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 321.

(237) Zie ook: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 321.

(238) Zie *supra*, nr. 31.

(239) De gemeenrechtelijke verjaringstermijn van 2262bis, § 1 BW zou dan gelden.

(240) J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 321. Cf. C. VAN ZEBEN, J. DU PON en M. OLTHOF (eds.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek - Boek 3 - Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 1981, 198.

termijn is om de conversie af te dwingen, dan zie ik geen reden om de automatische afdwinging van de wettelijke en gerechtelijke conversie te betwisten.

§ 2. De taak van de rechter bij de ambtshalve toepassing van conversie

66. In de voorgaande paragraaf heb ik geargumenteed dat de rechter verplicht is om, eens aan de toepassingsvoorwaarden van de (wettelijke of gerechtelijke) [367] conversie is voldaan, ambtshalve vast te stellen dat de conversie is ingetreden. Hoewel zijn beslissing dus niet doorslaggevend is om conversie te doen intreden, blijft zij dat wel om te bepalen of er aan de toepassingsvoorwaarden voldaan is. Het zijn vooral de hypothetische wil van partijen en de nietigheid van de initiële rechtshandeling die enige toelichting vereisen.

A. DE RECHTER EN DE HYPOTHETISCHE WIL VAN PARTIJEN

67. Theoretisch gezien kan de rechter zonder enige medewerking van partijen constateren dat conversie is ingetreden, waarbij de vervangingshandeling dus overeenstemt met de positieve hypothetische wil van partijen. Opdat de rechter zou kunnen bepalen wat die wil inhoudt, moet hij echter over voldoende feitelijke gegevens beschikken. De gegevens waarop de rechter zijn beslissing steunt, moeten immers regelmatig in het debat zijn gebracht.⁽²⁴¹⁾ Wanneer partijen niet de nodige feiten hebben aangebracht, kan de rechter gebruik maken van zijn onderzoeksbevoegdheden om die boven water te brengen. Daarbij valt vooral te denken aan zijn vraagrecht, waarmee hij partijen om bijkomende inlichtingen kan verzoeken.⁽²⁴²⁾ Maar ook wanneer de rechter in het dossier alle benodigde feiten voor de toepassing van de conversie aantreft, is hij ertoe gehouden het recht van verdediging te eerbiedigen.⁽²⁴³⁾ Stelt hij vast dat aan alle toepassingsvoorwaarden is voldaan en constateert hij in zijn vonnis dat de conversie is ingetreden, dan schendt hij het recht van verdediging wanneer hij die beslissing steunt “*op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, [niet] mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren*”⁽²⁴⁴⁾.⁽²⁴⁵⁾ Vermoedelijk zullen partijen zich vaak aan conversie ‘mogen verwachten’ wanneer zij (minstens impliciet) vermelden dat zij nog iets anders zouden hebben gewild dan de nietige rechtshandeling. De concrete omstandigheden zijn evenwel bepalend of in een bepaalde situatie partijen zich al dan niet aan conversie ‘mochten verwachten’. [368]

(241) Hij zou immers de oorzaak van de vordering (of van het verweer) wijzigen indien hij dit niet doet.

(242) Zie hierover uitgebreid: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 149-159, nrs. 31-40.

(243) Zie: Cass. 28 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1465, concl. A. HENKES, *Ius & Actores* 2010 41, noot M. GRÉGOIRE, *JT* 2009, 552, concl. A. HENKES, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *JLMB* 2009, 1656, *Pas.* 2009, 1342, concl. A. HENKES en *T.Verz.* 2011, 79 en 81. In die zin ook in verband met conversie: L. DE GRUYSE, “De nietigheid in het algemeen overeenkomstenrecht” in M. RIGAUX (ed.) *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (305) 314, nr. 402. Cf. het Nederlandse recht, waar het volgens de Hoge Raad “*in het algemeen aanbeveling [verdient] dat de rechter niet van zijn bevoegdheid in deze [bedoeld is de toepassing van de conversie] gebruik maakt voordat partijen de gelegenheid hebben gehad zich daarover uit te laten*”: HR 22 november 2002, *NJ* 2003, nr. 34.

(244) Cass. 25 maart 2013, *RW* 2013-14, 1028 en *TBO* 2013, 257; Cass. 29 september 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1984, concl. C. VANDEWAL, *Pas.* 2011, 2107, concl. C. VANDEWAL en *RCJB* 2013, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK. Cf. Cass. 13 maart 2013, P.12.1812.F.

(245) Zie uitgebreider over wat partijen ‘mochten verwachten’: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Faire l’économie de la contradiction?” (noot onder Cass. 29 september 2011), *RCJB* 2013, (203) 223 e.v., nr. 22. Zie ook over het recht van verdediging en doelmatigheid: J. VAN COMPERNOLLE en G. DE LEVAL, “Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil”, *JT* 2012, (509) 512-513, nrs. 12-13.

68. Een ander belangrijk vereiste opdat conversie plaatsvindt, is dat de initiële rechtshandeling vernietigd moet zijn. Het volstaat dus niet dat de rechtshandeling behept is met een nietigheidsgrond en bijgevolg slechts vernietigd *kan* worden. In dit laatste geval is de rechtshandeling immers (minstens voorlopig) geldig en kan conversie niet intreden.⁽²⁴⁶⁾ In de praktijk zullen de vernietiging van de initiële rechtshandeling en de conversie van die vernietigde rechtshandeling in een geldige vervangingshandeling vaak in eenzelfde procedure plaatsvinden. In dergelijke gevallen moet er dan ook een vordering tot nietigverklaring zijn ingesteld: de rechter zou anders het voorwerp van de vordering wijzigen.⁽²⁴⁷⁾ Wanneer minstens één partij een expliciete vordering tot nietigverklaring instelt, staat het buiten kijf dat de rechter het beschikkingsbeginsel eerbiedigt. Daar kan echter meer twijfel over bestaan wanneer geen van de partijen expliciet om de vernietiging heeft verzocht. In wat volgt geef ik eerst de verschillende opvattingen weer over de concrete invulling van het begrip ‘voorwerp van de vordering’. Dit stelt me in staat om vervolgens vier hypothesen te bespreken waarbij de nietigverklaring niet expliciet is gevorderd.

69. Het begrip ‘voorwerp van de vordering’ heeft een evolutie doorgemaakt.⁽²⁴⁸⁾ Vroeger meende men vanuit een (dogmatische) visie dat de rechter steeds het voorwerp van de vordering wijzigt wanneer hij de juridische kwalificatie van de vordering wijzigt.⁽²⁴⁹⁾ In die visie wijzigt de rechter bijvoorbeeld het voorwerp van de vordering wanneer hij de ontbinding uitspreekt als slechts de nietigverklaring is gevorderd.⁽²⁵⁰⁾ Meer recent treft men voornamelijk een pragmatische opvatting aan waarbij men van mening is dat het voorwerp van de vordering slechts zal worden gewijzigd indien de rechter feitelijk gezien iets anders of meer toekent [369] dan partijen gevorderd hebben.⁽²⁵¹⁾ Volgens die opvatting wijzigt de rechter het voorwerp van de vordering niet door bijvoorbeeld de ontbinding uit te spreken wanneer (enkel)

(246) Zie *supra*, nr. 37.

(247) Zie ook *supra*, nr. 58.

(248) Zie hierover uitgebreider: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 253 e.v., nr. 136 e.v.; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Brussel, Larcier, 2009, 118-119, nrs. 52-53; RPDB, Complément XI, v^o *Principes généraux du droit*, nr. 189; P. THION, “Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering”, *NJW* 2003, (726) 732-734, nrs. 20-25; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Chronique de l’office du juge” (noot onder Cass. 22 maart 2012, Cass. 28 september 2012, Cass. 4 oktober 2012, Cass. 5 november 2012, Cass. 14 december 2012 en Cass. 13 maart 2013), *JLMB* 2013, afl. 25, (1307) 1315-1317, nrs. 12-15; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Le juge et le contrat”, *TBBR* 2007, (595) 611-618, nrs. 38-48. Zie voor de huidige stand van zaken de bijdrage van professor VAN DROOGHENBROECK in dit boek. Zie ook de verwijzingen bij WAGNER: K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2014, 150, nr. 131, vn. 175.

(249) Cass. 13 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 601, *Bull.* 1994, 580, *JTT* 1994, 406, noot, *P&B* 1995, 6, *Pas.* 1994, I, 580, *RW* 1994-95, 985 en *Soc.Kron.* 1995, 280; Cass. 19 juni 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1145, *Bull.* 2000, 1127, *JTT* 2000, 443 en *RW* 2001-02, 375; Cass. 8 februari 2001, *TBBR* 2002, 446, noot G. CLOSSET-MARCHAL. Zie voor een bespreking van die cassatierechtspraak: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 253-256, nrs. 138-139; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Le nouveau droit judiciaire, en principes” in G. DE LEVAL en F. GEORGE (eds.), *Le droit judiciaire en mutation - En hommage à Alphonse Kohl*, Limal, Anthemis, 2007, (213) 265-280, nrs. 56-67.

(250) Cass. 8 februari 2001, *TBBR* 2002, 446, noot G. CLOSSET-MARCHAL.

(251) Zie: Cass. 23 oktober 2006, *Arr.Cass.* 2006, 2072, *Juristenkrant* 2007, afl. 146, 12, *JLMB* 2007, 698, *JTT* 2007, 227, concl. J.-F. LECLERCQ, *Pas.* 2006, 2112, *RCJB* 2008, 157, *RRD* 2006, 229, noot R. CAFART en *Soc.Kron.* 2007, 270, noot S. REMOUCHAMPS; Cass. 22 januari 2007, S.04.0165.N, *Arr.Cass.* 2007, 172, *JTT* 2007, 289, noot, *Pas.* 2007, 144, *RCJB* 2008, 164 en *Soc.Kron.* 2008, 446; Cass. 22 januari 2007, S.04.0088.N en S.04.0169.N, *Arr.Cass.* 2007, 150, *JTT* 2007, 481, noot F. LAGASSE en M. PALUMBO, *Pas.* 2007, 128, *RCJB* 2008, 168, noot F. KEFER en *Soc.Kron.* 2008, 443; Cass. 7 april 2008, *JLMB* 2009, 628, *JTT* 2008, 285, *Pas.* 2008, 821 en *Soc.Kron.* 2008, 448; Cass. 20 april 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1051, concl. R. MORTIER, *JTT* 2009, 427, *Pas.* 2009, 967 en *RW* 2009-10, 876, concl. R. MORTIER. In die zin J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Le juge et le contrat”, *TBBR* 2007, (595) 612. Is van mening dat het niet duidelijk is welke ‘graad van feitelijkheid’ gehanteerd moet worden: P. THION, “Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering”, *NJW* 2003, (726) 734, nr. 25.

de nietigheid was gevorderd.⁽²⁵²⁾ Voorstanders van die opvatting menen immers dat het resultaat feitelijk gezien voor partijen hetzelfde is.⁽²⁵³⁾ Sommigen stellen twee bijkomende temperingen aan het begrip 'voorwerp van de vordering' zoals dat door de pragmatische stroming wordt ingevuld, nl. door middel van de leer van het virtuele of impliciete voorwerp⁽²⁵⁴⁾ en via een geobjectiverde interpretatie van het voorwerp⁽²⁵⁵⁾.

Ongeacht de invulling van het voorwerpsbegrip zal de rechter in bepaalde gevallen op de grenzen van dit begrip stuiten. Dat heeft echter niet tot gevolg dat hij de (verkeerd gekwalificeerde) vordering enkel maar kan inwilligen of kan afwijzen. Indien de rechter zich bij de herkwalificatie van de vordering steunt op feiten die partijen niet speciaal ter ondersteuning van hun vordering hebben aangevoerd,⁽²⁵⁶⁾ is hij verplicht om partijen hierover een tegensprekelijk debat te laten voeren, en zo nodig hen toe te laten hun eis te wijzigen of uit te breiden.⁽²⁵⁷⁾ In bepaalde[370] gevallen zal hiervoor een heropening van de debatten nodig zijn (art. 774, lid 2 Ger.W.).⁽²⁵⁸⁾

70. Een eerste hypothese is dat minstens één van de partijen expliciet de conversie vordert (maar niemand expliciet de vernietiging eist). In een dergelijk geval is de vordering tot vernietiging⁽²⁵⁹⁾⁽²⁶⁰⁾ m.i. reeds impliciet aanwezig in de vordering tot conversie. Het is in die hypothese immers ondenkbaar om tot conversie over te gaan zonder dat de initiële rechtshandeling vernietigd is.⁽²⁶¹⁾ Indien men de theorie van

(252) Zie voor een recente toepassing in de rechtspraak: Rb. Bergen 1 oktober 2013, *TBBR* 2014, 92. Zie voor rechtsleer in die zin: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge et le contrat", *TBBR* 2007, (595) 612 en de verwijzingen daar. Ook *Franse* rechtspraak huldigt die opvatting: Cass.fr. (1^{re} civ.) 12 juli 2001, *JCP* 2002, 10143, noot L. MAUPAS.

(253) Zie de verwijzingen in de vorige voetnoot. Vraagt zich af of ontbinding en vernietiging wel feitelijk hetzelfde resultaat opleveren: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 255, nr. 138.

(254) Zie: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 265-270, nrs. 153-156; A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, "Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd" in G. STRAETMANS en M. ROZIE (eds.), *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (95) 118, nr. 24.

(255) Zie: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 270-278, nrs. 157-160; A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, "Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd" in G. STRAETMANS en M. ROZIE (eds.), *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (95) 118, nr. 24.

(256) Indien partijen die feiten wél specifiek hebben aangehaald, moet de rechter partijen de mogelijkheid bieden om een tegensprekelijk debat te voeren als zij zich niet aan een dergelijke kwalificatie mochten verwachten: zie *supra*, nr. 67.

(257) Cass. 28 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1465, concl. A. HENKES, *Ius & Actores* 2010 41, noot M. GRÉGOIRE, *JT* 2009, 552, concl. A. HENKES, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *JLMB* 2009, 1656, *Pas.* 2009, 1342, concl. A. HENKES en *T.Verz.* 2011, 79 en 81. Zie voor het overzicht van de verschillende posities van het Hof van Cassatie doorheen de tijd: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Faire l'économie de la contradiction?" (noot onder Cass. 29 september 2011), *RCJB* 2013, (203) 227-230, nrs. 24-26.

(258) Bij de heropening van de debatten aanvaardt het Hof van Cassatie immers dat een partij haar vordering wijzigt of uitbreidt als de wijziging of uitbreiding betrekking heeft op het voorwerp van de heropening: Cass. 20 september 2010, *Arr.Cass.* 2010, 2220, concl. R. MORTIER, *Pas.* 2010, 2309 en *RABG* 2011, 411, noot R. VERBEKE. Ook een nieuwe vordering lijkt (in beperkte mate) toegelaten: Cass. 8 februari 2010, *Arr.Cass.* 2010, 376, *JT* 2010 349, noot F. BALOT, *Pas.* 2010, 393, concl. J.-M. GENICOT, *RW* 2011-12, 646, noot B. VAN DEN BERGH, *TBBR* 2011, 445, noot A. DE BOECK en *TBO* 2011, 100, concl. J.-M. GENICOT; Cass. 13 mei 2013, *JTT* 2013 399 en *P&B* 2013, 215. Zie in het algemeen: T. TANGHE, "Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond", *TPR* 2012, afl. 2, (705) 743, nr. 56 en de verwijzingen daar; zie over de toelaatbaarheid van een nieuwe vordering: F. BALOT, "Réouverture des débats et demande nouvelle" (noot onder Cass. 8 februari 2010), *JT* 2010, (351) 351.

(259) Voor zover een vernietiging door de rechter nog nodig zou zijn: bepaalde rechtspraak oordeelt immers dat de nietigheid niet moet worden gevorderd indien zij voortvloeit uit de wet: Cass. 25 april 2003, *Pas.* 2003, 877, *TBBR* 2005, 42, noot P. WÉRY.

(260) Ik meen immers dat conversie steeds een voorafgaandelijke vernietiging behoeft: zie *supra*, nr. 37. Verdedigt men echter dat conversie een 'alternatief' voor de nietigheid is, dan rijzen er wat dit betreft geen problemen als minstens één partij de conversie vordert.

(261) Cf. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 268, nr. 155.

het virtuele of impliciete voorwerp in België aanvaardt, kan de rechter zowel de nietigheid uitspreken (indien nodig) als de conversie vaststellen zonder hierbij het voorwerp van de vordering te wijzigen.⁽²⁶²⁾

71. In een tweede hypothese vordert er minstens één partij de gehele nietigheid van de rechtshandeling, maar stelt men geen vordering tot conversie in. Eerder⁽²⁶³⁾ heb ik geargumenteed dat conversie van rechtswege werkt eens de nietigheid is afgedwongen. De rechter is er dus toe gehouden vast te stellen dat de conversie is ingetreden. Mochten partijen zich evenwel niet verwachten aan de conversie,⁽²⁶⁴⁾ dan moet hij hen de gelegenheid bieden om zich hierover uit te laten.⁽²⁶⁵⁾

72. Het is daarnaast ook mogelijk dat minstens één partij de partiële nietigheid van de rechtshandeling vordert. Gelet op de onduidelijkheid over het onderscheid tussen partiële nietigheid en conversie is het niet uitgesloten dat er spraakverwar-[371]ring heerst tussen partijen en de rechter. Zo kunnen partijen de partiële nietigheid van de prijs vorderen en kan de rechter de mening toegedaan zijn dat een dergelijke ingreep onder conversie valt. In een dergelijke hypothese lijkt er me geen feitelijk verschil te zijn tussen het toegekende en het gevorderde, waardoor de rechter ambtshalve de conversie kan uitspreken zonder dat hij hierbij het voorwerp van de vordering wijzigt.

Blijft het echter niet bij een andere benoeming van de vordering, dan lijkt de rechter het risico te lopen uitspraak te doen *ultra petita*. Vorderen partijen slechts de nietigheid van een of meerdere bedingen, dan bekomt men een feitelijk verschillend resultaat wanneer de rechter de gehele rechtshandeling zou converteren. Hoewel conversie aldus niet mogelijk lijkt, kunnen partijen mogelijk hun vordering(en) uitbreiden.⁽²⁶⁶⁾ Breiden zij hun vordering uit tot de gehele nietigheid van de rechtshandeling, dan kan conversie wel toepassing vinden.

73. Tot slot is het ook mogelijk dat partijen de nietigheid noch de conversie vorderen. Vordert bijvoorbeeld een partij de uitvoering van de rechtshandeling en beperkt de wederpartij zich tot het betwisten van de gegrondheid van die vordering, dan zal de rechter m.i. het voorwerp van de vordering wijzigen wanneer hij toch vaststelt dat de rechtshandeling geconverteerd is in een geldige rechtshandeling. Het is – net zoals in de vorige hypothesen – maar wanneer (minstens impliciet) de nietigheid is gevorderd dat de rechter de conversie zal kunnen toepassen.

BESLUIT

74. Uit het voorgaande is gebleken dat de nietigheid niet meteen tot gevolg heeft dat een vernietigde rechtshandeling geen enkel rechtsgevolg meer kan voortbrengen. In bepaalde omstandigheden kan die rechtshandeling bijvoorbeeld worden geconverteerd in een geldige rechtshandeling. Hoewel er onenigheid bestaat over de inhoud en draagwijdte van het begrip conversie, kan men die rechtsfiguur volgens mij toch omschrijven als de rechtsfiguur waarmee aan een vernietigde rechtshandeling de – niet louter kwantitatief andere – gevolgen van een geldige vervangingshandeling worden gehecht en waarbij de partij(en) die

(262) Uiteraard moet ook voldaan zijn aan de overige verplichtingen die het Hof van Cassatie hem oplegt: zie hiervoor *supra*, nr. 58.

(263) Zie *supra*, nrs. 64-65.

(264) Zie de bewoordingen van Cass. 25 maart 2013 (*RW* 2013-14, 1028 en *TBO* 2013, 257) en Cass. 29 september 2011 (*Arr.Cass.* 2011, 1984, concl. C. VANDEWAL, *Pas.* 2011, 2107, concl. C. VANDEWAL en *RCJB* 2013, noot J.-F. VAN DROOGHENBROECK).

(265) Zie *supra*, nr. 67.

(266) Zie art. 807 Ger.W. Dit is in bepaalde omstandigheden eveneens mogelijk na de heropening van de debatten: Cass. 20 september 2010, *Arr.Cass.* 2010, 2220, concl. R. MORTIER, *Pas.* 2010, 2309 en *RABG* 2011, 411, noot R. VERBEKE.

vervangingshandeling, die minstens deels de beoogde economische doelstellingen kan verwezenlijken, zou(den) hebben gewild indien zij rekening had(den) gehouden met de nietigheid van de initiële rechtshandeling. M.i. kan men conversie dan ook onderscheiden van interpretatie en partiële nietigheid. Door middel van interpretatie ontwijkt men immers de nietigheid⁽²⁶⁷⁾ en partiële nietigheid brengt m.i. enkel kwantitatief andere gevolgen teweeg⁽²⁶⁸⁾.

75. Een vordering is volgens mij niet vereist om de (wettelijke dan wel gerechtelijke) conversie te doen intreden. Er is m.i. immers geen goede reden aanwezig om een handeling van minstens één partij te verplichten. Toch behoudt de rechter [372] een erg belangrijke plek bij de toepassing van de conversie. Wanneer hij vaststelt dat de conversie is ingetreden, moeten namelijk alle toepassingsvoorwaarden vervuld zijn. Aangezien de (hypothetische) wil van de partijen één van die vereisten is, kan de rechter bij conversie dan ook niet zonder enige medewerking van die partijen.⁽²⁶⁹⁾ Zeker bij wilsgebreken⁽²⁷⁰⁾ moeten partijen (minstens impliciet) een vordering tot vernietiging hebben ingesteld opdat de rechter kan concluderen dat conversie heeft plaatsgevonden.⁽²⁷¹⁾

76. In tegenstelling tot bepaalde auteurs meen ik dat conversie wel degelijk een grondslag heeft in het Belgische recht. Die grondslag is m.i. te vinden in het zelfbeschikkingsrecht van rechtssubjecten.⁽²⁷²⁾ Die grondslag beperkt echter ook meteen het toepassingsgebied van de conversie. Omdat conversie een instrument is om de initiële nietige rechtshandeling zo veel mogelijk werkzaam te laten zijn, is zij niet los te koppelen van de (*in casu* hypothetische) wil van partijen. Conversie vindt dan ook niet plaats wanneer zij niet in overeenstemming is met de (vermoedelijke) partijbedoelingen. Doordat het in de praktijk veelal uitzonderlijk is dat de hypothetische intenties van partijen met elkaar zullen overeenstemmen, mag het belang van conversie niet worden overschat. Zeker bij nietige meezijdige rechtshandelingen is zij dan ook vaak eerder interessant dan relevant.

(267) Zie *supra*, nr. 17 e.v.

(268) Zie *supra*, nr. 23.

(269) Zie *supra*, nr. 67.

(270) Daar lijkt het me immers moeilijk om te stellen dat die bescherming “uit de wet zou voortvloeien”. Is dit wel het geval, werkt de (partiële) nietigheid van rechtswege: Cass. 25 april 2003, *Pas.* 2003, 877, *TBBR* 2005, 42, noot P. WERY.

(271) Zie *supra*, nr. 68 e.v.

(272) Zie *supra*, nr. 31.